



UNIVERSIDADE DE BRASÍLIA  
FACULDADE DE DIREITO  
BACHARELADO EM DIREITO

FÁBIO MATTOS LEAL DIAS

PERMUTA EM INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA:  
PERMUTA EM SENTIDO ESTRITO E COMPRA E VENDA COM DAÇÃO EM  
PAGAMENTO

Brasília, Distrito Federal  
2020

FÁBIO MATTOS LEAL DIAS

PERMUTA EM INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA:  
PERMUTA EM SENTIDO ESTRITO E COMPRA E VENDA COM DAÇÃO EM  
PAGAMENTO

MONOGRAFIA APRESENTADA COMO  
REQUISITO PARCIAL À OBTENÇÃO DO GRAU  
DE BACHAREL EM DIREITO PELA FACULDADE  
DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE  
BRASÍLIA – UNB

**ORIENTADOR:** ANGELO GAMBA PRATA DE  
CARVALHO

**Brasília, Distrito Federal  
2020**

DIAS, Fábio Mattos Leal

**Permuta em incorporação imobiliária:** Permuta em sentido estrito e compra e venda com dação em pagamento. / Fábio Mattos Leal Dias; orientador Angelo Gamba Prata de Caralho. – Brasília, 2020. 73 p.

Monografia (Graduação – Direito) – Universidade de Brasília, 2020.

1. Incorporação imobiliária. 2. Permuta. 3. Dação em pagamento.

**PERMUTA EM INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA:**  
Permuta em sentido estrito e compra e venda com dação em pagamento

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado em 17 de dezembro de 2020 como requisito parcial para a conclusão da Graduação em Direito e obtenção do grau de Bacharel em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Brasília – FD/UnB.

**ORIENTADOR:** Angelo Gamba Prata de Carvalho

**BANCA EXAMINADORA:**

---

Angelo Gamba Prata de Carvalho, Mestre. (Orientador)

---

Frederico Viegas de Lima, Ph.D.

---

Milena Donato de Oliva, Ph.D.

---

Carlos Alberto Rosal de Ávila (Suplente)

## **AGRADECIMENTOS**

Aos meus heróis e pais, Vera e Luís, que me apoiam incansável e incondicionalmente.

A meu melhor amigo e irmão, Felipe, que me conhece melhor do que qualquer um.

A meu orientador, Angelo, que me auxiliou muito além do que eu poderia pedir.

Aos amigos que fiz e de quem me aproximei durante os anos de graduação, que tanto definiram minha experiência na UnB e com quem compartilhei muitos dos momentos mais marcantes de minha vida.

Ao GEA, que representou um marco tão importante para minha graduação.

Aos meus amigos e companheiros do Freitas da Silva Advogados (FdS), que tão rápido se tornaram parte essencial da minha vida.

Aos meus amigos de infância, que sempre me mostram como apreciar momentos simples.

## **Resumo**

Este estudo tem por objeto a análise do negócio jurídico de permuta de terreno por unidades em incorporação imobiliário descrito pelo art. 39 da Lei 4.591 de 1964. Ademais da utilização de contrato de permuta, esse negócio jurídico é frequentemente instrumentalizado por meio de contrato de compra e venda de terreno com substituição do pagamento do preço por dação em pagamento de unidades incorporadas. Assim são analisadas as duas formas de operacionalização da permuta. Para possibilitar o adequado exame, anteriormente são analisados os principais atores de uma incorporação imobiliária, bem como o regime jurídico a ela aplicável.

**Palavras chave:** “Incorporação imobiliária”. Permuta. “Dação em pagamento”.

### **Abstract**

The purpose of this study is to analyze the barter of land for apartments in a real estate development enterprise (Incorporação Imobiliária) as described by art. 39 of the Law 4,591 of 1964. In addition to the use of a barter contract, this legal transaction is often carried out via a sale of land contract with the replacement of the payment of the price by dation in payment for the apartments in construction. Thus, the two manners of the barter operation are analyzed. In order to allow for an adequate examination, this paper also studies the profile of main actors of a real estate development enterprise, as well as the legal regime applicable to it.

**Keywords:** “real estate development enterprise”. Barter. “dation in payment”.

## SUMÁRIO

<b>INTRODUÇÃO .....</b>	<b>9</b>
<b>1. OS ATORES DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA.....</b>	<b>11</b>
1.1. Incorporadores de imóveis .....	11
1.2. Terrenista.....	14
1.3. Adquirente de imóvel.....	15
1.4. Agente financeiro .....	16
<b>2. O REGIME JURÍDICO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA .....</b>	<b>24</b>
2.1. Dinâmica geral da incorporação imobiliária .....	25
2.2. Memorial de incorporação .....	28
<b>3. PERMUTA EM INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA – DUAS ESTRUTURAS.....</b>	<b>35</b>
3.1. Permuta em sentido estrito.....	35
3.1.1. Natureza jurídica .....	36
3.1.2. Aspectos registrais.....	40
3.1.3. Distribuição de riscos .....	46
3.2. Compra e venda com dação em pagamento .....	57
3.2.1. Natureza jurídica .....	58
3.2.2. Aspectos Registrais.....	59
3.2.3. Distribuição de riscos .....	62
<b>4. CONSIDERAÇÕES FINAIS .....</b>	<b>67</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS .....</b>	<b>69</b>



## INTRODUÇÃO

A incorporação imobiliária tem grande relevância social e econômica no Brasil. Conforme indica nota técnica do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), o déficit habitacional brasileiro, em 2011, era de 5.409.210 domicílios, o que implica a existência de uma grande parcela da população sem moradia adequada. Paralelamente, estudo coordenado pela Associação Brasileira de Incorporadoras Imobiliárias (Abrainc) com o apoio da Ernst & Young aponta que a incorporação imobiliária é indústria indispensável para o crescimento de emprego e renda no país<sup>1</sup>.

Dentro desse contexto, a aquisição de terrenos aptos a suportarem empreendimentos imobiliários lucrativos ganha relevo. Em busca de maior eficiência econômica, tornou-se comum ao empreendedor imobiliário adotar mecanismos jurídicos que possibilitam a aquisição do terreno por formas distintas da compra e venda. Dentre esses modelos, destaca-se a permuta em incorporação, pela qual o incorporador adquire o terreno em troca de unidades que serão nele mesmo edificadas.<sup>2</sup> A adoção desse mecanismo não está isenta de discussões acerca de natureza jurídica, dos impactos registrais e dos riscos alocados a cada parte envolvida. Adicionalmente, nem sempre é adotada uma formatação contratual uniforme para operacionalizar essa operação<sup>3</sup>.

Dentre as várias opções utilizadas pelo mercado para tanto destaca-se a permuta, que figura em diversos arranjos que se tornam cada vez mais corriqueiros. Em face disso, este trabalho se propõe a analisar as duas principais estruturas adotadas para realizar a permuta em incorporação imobiliária: a permuta em sentido estrito e a compra e venda com dação em pagamento. Para possibilitar o exame adequado da questão, a primeira seção do trabalho se dedicará ao estudo do contexto no qual essa operação se insere, de maneira a descrever o cenário da incorporação imobiliária no direito brasileiro. Para tanto, inicialmente se pretende descrever os perfis das principais partes envolvidas na incorporação imobiliária, de maneira a evidenciar o nexo econômico existente entre tais agentes. Na sequência, pretende-se oferecer breve exposição dos principais aspectos do regime jurídico de incorporação imobiliária. Por fim será

---

<sup>1</sup> SINDUSCON-PR. Por que o Brasil precisa da construção civil para voltar a crescer. Portal SINDUSCONPR. Disponível em: <<https://sindusconpr.com.br/por-que-o-brasil-precisa-da-construcao-civil-para-voltar--4084-p>>

<sup>2</sup> GEARA, Cassio Palma Karam; CARNEIRO, Wagner Buture. As ferramentas contratuais para a formatação de negócios imobiliários entre terrenistas e empreendedores. *Revista Ibradim de Direito Imobiliário*, São Paulo, p. 65-91, dez. 2019. Semestral. p. 67

<sup>3</sup> ZORZI, Juliano. *Permuta de terreno por unidades futuras em incorporações imobiliárias*. 2013. 119 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Insper, São Paulo, 2013. P. 11.

examinada a permuta em incorporação e seus principais impactos sobre o regime da incorporação imobiliária no direito brasileiro.

## **1. OS ATORES DA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA**

A incorporação imobiliária se apresenta no direito brasileiro como operação econômica complexa que compreende atores distintos que atuarão em sinergia para possibilitar o aperfeiçoamento desse modelo de negócios imobiliários. Evidentemente que, no intuito de viabilizar arranjo contratual centrado na figura da permuta, é necessário que tal figura contratual faça sentido tanto operacional quanto economicamente para esses sujeitos.

De forma a possibilitar um adequado entendimento da permuta em incorporação imobiliária, é necessário entender as principais partes envolvidas nesse tipo de operação e, antes de tudo, o verdadeiro ecossistema existente em torno da incorporação imobiliária. Nesta seção, será fornecido um panorama sobre essas partes de forma a esclarecer o contexto no qual se insere a permuta em incorporação.

Dessa forma, será realizada uma breve análise sobre o perfil, os interesses e a participação (i) dos incorporadores de imóveis; (ii) dos terrenistas ou proprietários de terreno; (iii) dos adquirentes de unidades incorporadas; e (iv) das instituições financeiras. Assim, pretende-se demonstrar as principais razões pelas quais a permuta se apresenta como modelo de negócios interessante às partes envolvidas, especialmente diante da complexidade que já marca a incorporação imobiliária no Brasil.

### **1.1. Incorporadores de imóveis**

A lei 4.591 de 1964, que dispõe sobre as incorporações imobiliárias, define, nos termos de seu art. 29, como incorporador qualquer pessoa física ou jurídica que comercialize imóveis em condomínio edilício ainda em construção<sup>4</sup>.

A despeito disso, a atividade de incorporação imobiliária exige disponibilidade de estrutura administrativa, expertise sobre o mercado imobiliário e acesso a crédito, entre outros obstáculos<sup>5</sup>. Em face disso, em regra, o incorporador de imóveis é empresa com estrutura robusta e disposição de informações qualificadas sobre o mercado imobiliário, por ser assessorada por diversos profissionais especializados no setor, como advogados, engenheiros,

---

<sup>4</sup> “Art. 29. Considera-se incorporador a pessoa física ou jurídica, comerciante ou não, que embora não efetuando a construção, compromisse ou efetive a venda de frações ideais de terreno objetivando a vinculação de tais frações a unidades autônomas, em edificações a serem construídas ou em construção sob regime condominial, ou que meramente aceite propostas para efetivação de tais transações, coordenando e levando a termo a incorporação e responsabilizando-se, conforme o caso, pela entrega, a certo prazo, preço e determinadas condições, das obras concluídas”.

<sup>5</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação Imobiliária. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 481.

contadores e corretores de imóveis. Nesse sentido, atesta Caio Mário da Silva Pereira que o incorporador “é a chave do negócio, como tem sido reconhecido em justiça. É ele quem promove a constituição do condomínio, quem harmoniza os interesses, encaminha as pessoas e as coisas para a consecução do resultado, que é o edifício todo inteiro”<sup>6</sup>.

Em sentido semelhante, ao analisar um caso de permuta em incorporação imobiliária, Samantha Dangot descreve o incorporador como:

[U]ma empresa que tem como foco a atuação em negócios imobiliários, que opera de forma intensa e vigorosa, e está sempre à procura de novas oportunidades para diversificar, desenvolver sua área de trabalho e ganhar porte, além de ser dotada de uma disponibilidade e uma forte propensão para fazer negócios. Especificamente naquele momento, tinha a empresa especial interesse em realizar um grande negócio imobiliário, de modo a participar, em igualdade de condições, com as concorrentes do setor e realizar uma abertura de capital de sucesso no mercado de ações, capitalizando-se de forma consistente<sup>7</sup>.

Depreende-se, assim, que o incorporador de imóveis é, caracteristicamente, uma empresa que atua no setor imobiliário e, como tal, busca otimizar os seus resultados mediante a adoção de arranjos jurídicos que mais bem empreguem os recursos disponíveis. Com vistas a esse intuito, a incorporação imobiliária surge como uma oportunidade valiosa.

Isso porque, conforme define Melhim Namem Cahllhub:

A incorporação imobiliária tem o significado de mobilizar fatores de produção para construir e vender, durante a construção, unidades imobiliárias em edificações coletivas, envolvendo a arregimentação de pessoas e a articulação de uma série de medidas no sentido de levar a cabo a construção ate sua

---

<sup>6</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 13 ed. Atualizadores Sylvio Capanema de Souza e Melhim Namem Chalhuh. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 245.

<sup>7</sup> DANGOT, Samantha. *A compra e venda e a permuta na incorporação imobiliária: estudo de caso*. 2017. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Empresarial, Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017, p. 17.

conclusão, com a individualização e discriminação das unidades imobiliárias no Registro de Imóveis<sup>8</sup>.

Por ora, a informação relevante para entender o perfil dos incorporadores é que a incorporação é caracterizada pela venda de imóveis ainda em construção que integrarão condomínio edilício. Isso possibilita, por exemplo, o adiantamento de receitas pelo incorporador e o adequado equacionamento dos custos e riscos do negócio. Em vez de edificar integralmente imóveis e imobilizar capital para, somente ao fim da construção, comercializá-los, o incorporador negocia as unidades durante a edificação, de forma a aumentar sua eficiência econômica<sup>9</sup>.

A atividade de incorporação imobiliária, dessa maneira, se concretiza simplificada da seguinte forma: (i) o incorporador aliena imóveis antes de concluir ou até mesmo iniciar a construção; (ii) recebe pagamento por isso; (iii) com parte dos valores recebidos, realiza a edificação e; (iv) por fim, entrega os imóveis prometidos no início e absorve a parte restante dos valores como lucro<sup>10</sup>. Como consequência dessa estrutura, o financiamento do empreendimento provém da própria venda das unidades autônomas. Ou seja, os próprios adquirentes dos imóveis financiam, ao menos em parte, a edificação do prédio<sup>11</sup>.

Além do custo de edificação, no entanto há outro fator relevante a ser levado em consideração: a aquisição do terreno onde serão erguidos os imóveis. Comprar um terreno com proporções suficientes para abrigar um condomínio pode se apresentar como um obstáculo sensível, especialmente diante da escassez de imóveis adequados às finalidades e padrões esperados pelos agentes econômicos que estejam desocupados de outras construções anteriores. Assim, em busca de reduzir a necessidade de capital previamente disponível, os incorporadores frequentemente utilizam a permuta em incorporação imobiliária<sup>12</sup>.

Por essa estrutura, o incorporador recebe o terreno do proprietário e, em troca, promete entregar imóveis ainda inexistentes, e que serão edificados no próprio terreno. Na permuta em

---

<sup>8</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação Imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 7.

<sup>9</sup> TUTIKIAN, Cláudio Morel. *Incorporações e individualizações imobiliárias de unidades em condomínio: descrição do roteiro e estudo exploratório das dificuldades do processo nos cartórios de registro de imóveis*. 2004. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004. p. 85

<sup>10</sup> CHALHUB. op cit. p. 25 – 30.

<sup>11</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 370

<sup>12</sup> GEARA, Cassio Palma Karam; CARNEIRO, Wagner Buture. As ferramentas contratuais para a formatação de negócios imobiliários entre terrenistas e empreendedores. *Revista Ibradim de Direito Imobiliário*, São Paulo, p. 65-91, dez. 2019. Semestral. p. 67

incorporação, assim, a lógica é semelhante à da venda de imóveis incorporados. A diferença é que, em vez de receber dinheiro e prometer entregar unidades que serão edificadas, o incorporador recebe um terreno<sup>13</sup>.

## 1.2. Terrenista

O proprietário original do imóvel onde é erguida a edificação objeto da incorporação imobiliária é corriqueiramente, na prática comercial, é comumente denominado terrenista<sup>14</sup>. Os terrenistas, em regra, possuem perfil bastante distinto dos incorporadores.

Em vez de sociedades empresárias robustas, com conhecimento do mercado imobiliário e gestão profissional, os proprietários originais tendem a ser pessoas físicas ou sociedades patrimoniais familiares cujo único ou principal ativo é o próprio imóvel. Neste sentido, aponta Dangot que “[é] raro encontrar proprietários de grandes áreas que atuam ou conhecem a forma operacional do mercado imobiliário e estejam dispostos a comercializar tais áreas”<sup>15</sup>.

Em regra, os terrenistas possuem pouca estrutura e expertise técnica e sua única vantagem negocial é a propriedade de um imóvel de interesse do incorporador<sup>16</sup>. Por outro lado, assim como o incorporador, o terrenista busca maximizar o benefício econômico resultante do empreendimento<sup>17</sup>, porém evidentemente o cálculo de custo-benefício produzido por esse agente tende a ser em grande medida afetado pelas assimetrias de informação que são ínsitas à sua relação com o incorporador.

Existem diversas formas de estruturar a alienação do terreno pelo terrenista e a opção escolhida impacta diretamente no valor recebido e nos riscos por ele suportados<sup>18</sup>. Exemplificativamente, caso o terrenista alienasse o terreno por contrato de compra e venda com pagamento à vista, seu risco seria praticamente nulo, já que o recebimento do preço não dependeria do sucesso do empreendimento. Essa opção é raramente adotada, em face dos altos custos envolvidos, notadamente ao incorporador<sup>19</sup>.

---

<sup>13</sup> MAIA, Roberta Mauro Medina. A súmula n 308 do STJ e o permutante de terreno: análise do REsp n. 1.432.693/SP. *Revista Brasileira de Direito Civil*, São Paulo, v. 165, p. 165-185, dez. 2017. p. 173.

<sup>14</sup> GEARA, op. cit. p. 67.

<sup>15</sup> DANGOT. Op. cit. p. 17.

<sup>16</sup> Idem.

<sup>17</sup> GEARA, op. cit. p. 71.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> MAIA. Op. cit. p. 173.

Assim, a permuta em incorporação surge também como alternativa viável e que melhor atende aos interesses não só do incorporador, mas também do terrenista, uma vez que possibilita a alienação do terreno por um preço mais convidativo e com maior facilidade<sup>20</sup>.

### 1.3. Adquirente de imóvel

A incorporação imobiliária é utilizada para diversos tipos de empreendimentos, variando em destinação (residencial ou não residencial), preço das unidades (de imóveis populares a imóveis de alto custo), dentre outras características. Assim, certamente, o perfil do adquirente do imóvel incorporado é igualmente diverso e determinado pela destinação e preço da unidade, o que fatalmente impacta na conformação das relações contratuais e sobretudo na capacidade de negociação e no nível de assimetria de informações entre as partes.

A despeito disso, em linhas gerais os adquirentes são responsáveis pelo financiamento de grande parte do empreendimento<sup>21</sup>. Com a comercialização das unidades ainda antes da conclusão, e até do início das obras, os valores pagos pelos adquirentes constituem elemento essencial à viabilidade econômica da incorporação.

Em contraste com a grande relevância dos adquirentes para o financiamento do empreendimento, cada adquirente possui, a princípio, pouco (ou nenhum) poder de influência nas decisões tomadas acerca do empreendimento. Enquanto o incorporador coordena diretamente todas as decisões tomadas e o terrenista possui considerável poder de barganha frente ao incorporador, um adquirente solitário possui pouca capacidade de fazer seus anseios se concretizarem. Nesse sentido, pontua Mariana Martins Costa Ferreira que:

“[...] percebe-se o incorporador normalmente como um gestor de um patrimônio que juridicamente lhe pertence, mas de fato foi constituído por terceiros, em parte pelos adquirentes [...]. Por este motivo, serão os adquirentes que ao fim e ao cabo estarão atuando e investindo em um negócio de risco, sem muitas vezes nem saber as consequências jurídicas do contrato de compra e venda que celebram com o incorporador”.<sup>22</sup>

---

<sup>20</sup> ZORZI, Juliano. *Permuta de terreno por unidades futuras em incorporações imobiliárias*. 2013. 119 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Insper, São Paulo, 2013. P. 10.

<sup>21</sup> RIZZARDO, op. cit. p. 370.

<sup>22</sup> FERREIRA, Mariana Martins Costa. *A incorporação imobiliária sob uma análise crítica: as garantias contratuais como forma de mitigação de riscos*. 2012. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 12. p. 40.

A conjugação dos fatores descritos acima resulta em uma posição de inegável fragilidade dos adquirentes perante as demais partes envolvidas. Essa situação é ainda mais problemática frente ao grande número de adquirentes vinculados a um mesmo empreendimento. O fracasso de uma incorporação imobiliária, assim, pode resultar na perda de investimentos fundamentais para diversas pessoas. Acumuladamente, essas perdas têm um impacto econômico e social desastroso, fazendo potencialmente com que diversas pessoas físicas tanto amarguem perdas financeiras quanto fiquem alijadas de sua moradia<sup>23</sup>.

Em decorrência da fragilidade e da relevância econômica dos adquirentes de unidades incorporadas, o regime jurídico que disciplina a incorporação imobiliária conta com diversos mecanismos de proteção a esses sujeitos, cujas principais características desse regime serão analisadas mais adiante.

#### **1.4. Agente financeiro**

A incorporação imobiliária possibilita que o empreendimento seja custeado em grande parte pelos próprios adquirentes dos imóveis em construção. Apesar disso, instituições financeiras exercem função central na dinâmica da incorporação imobiliária<sup>24</sup>. As instituições financeiras atuam em duas principais circunstâncias distintas, mas que podem se correlacionar: pelo fornecimento de crédito aos adquirentes<sup>25</sup> e pelo fornecimento de crédito ao incorporador<sup>26</sup>.

A concessão de crédito para os adquirentes, em regra, é relativamente simples e adota, em linhas gerais, o típico modelo de um contrato de mútuo. Trata-se, inequivocamente, de contrato de adesão, com adoção de cláusulas uniformes e com pouco espaço para a negociação por parte do adquirente<sup>27</sup>.

A concessão de crédito para incorporadores, por sua vez, segue procedimento peculiar, que não se confunde com outras formas de crédito e que adere às especificidades de um

---

<sup>23</sup> PEIXOTO, Fabiano Hartmann; EYNG, Carlos Eduardo. Patrimônio de Afetação – Segurança na aquisição de imóveis incorporados. *Revista de Direito da Cidade*, [S.L.], v. 8, n. 1, p. 93-111, 11 fev. 2016. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 95.

<sup>24</sup> RIZZARDO, op. cit. p. 370.

<sup>25</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 11. Ed (1ª edição em livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Paginação irregular (41%).

<sup>26</sup> RIZZARDO, 2014. op. cit. Paginação irregular (51%).

<sup>27</sup> Idem.



empreendimento imobiliário, ainda que muitas vezes adote estruturas formais semelhantes ao mútuo. Pelo mecanismo de crédito para incorporadores, o provedor do crédito – instituição financeira – fornece os recursos paulatinamente e em correspondência com a evolução das obras. A concessão do crédito ocorre em diversos momentos distintos<sup>28</sup> e, cada um deles, é condicionado ao alcance de uma etapa pré-estabelecida da edificação<sup>29</sup>.

Como analisa Chalhub, diferentemente do mútuo, o contrato de crédito imobiliário para incorporadores é atípico, convencional e bilateral. Em regra, as obrigações principais do tomador do crédito – o incorporador – são: (i) alcançar as etapas da construção preestabelecidas; e (ii) restituir o provedor do crédito pelos valores fornecidos. O provedor do crédito, por sua vez, tem como obrigação principal fornecer os valores preestabelecidos após o cumprimento de cada etapa<sup>30</sup>.

Como não há tipificação para essa modalidade contratual, não há como afirmar uma uniformidade em todas as suas iterações, contudo, duas características definidoras se repetem na prática comercial: (i) a concessão paulatina dos valores ao incorporador; e (ii) o condicionamento de cada concessão ao alcance de diferentes fases do empreendimento. Cada fase é representada pelo cumprimento de obrigações que indicam a adequada progressão da edificação, como a comercialização de determinado percentual das unidades, a conclusão de certa parcela das obras, a adesão ao projeto prometido e o respeito aos prazos do cronograma de obras. Em regra, a instituição financeira verifica o cumprimento dessas obrigações, por meio de preposto qualificado, como um engenheiro ou contador, que atesta a veracidade das informações fornecidas pelo incorporador<sup>31</sup>.

Em adição ao rígido acompanhamento, a entidade financeira também costuma exigir a prestação de garantias – em regra, por intermédio da hipoteca – sobre o imóvel objeto da incorporação<sup>32</sup>. Conforme prevê o art. 1.488 do Código Civil<sup>33</sup>, uma vez que a edificação se encerra e o imóvel original é dividido em unidades autônomas em condomínio, cada um dos novos imóveis fica gravado com hipoteca correspondente ao valor proporcional da dívida.

---

<sup>28</sup> CHALHUB, op. cit. p. 250.

<sup>29</sup> CHALHUB, op. cit. p. 252.

<sup>30</sup> Ibidem. p. 250 – 256.

<sup>31</sup> Idem.

<sup>32</sup> Ibidem. p. 257.

<sup>33</sup> “Art. 1.488. Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito”.

Surge, então, uma questão delicada. Ao contrair uma dívida com a instituição financeira, o incorporador submete o terreno e, consequentemente, as unidades futuras que dele nascerão, em garantia hipotecária. Contudo, essas mesmas unidades são comercializadas com terceiros adquirentes que não são responsáveis pelo cumprimento das obrigações do incorporador. Ou seja, o incorporador aliena unidades para adquirentes e, concomitantemente, as fornece em garantia para a instituição financeira<sup>34</sup>.

Em decorrência disso, muitos casos de inadimplência de incorporadores começaram a resultar na excussão, pelas instituições financeiras, das hipotecas incidentes em unidades já comercializadas. Ainda que o adquirente do imóvel houvesse pago integralmente os valores devidos para o incorporador<sup>35</sup>.

Essa situação contrapõe dois institutos jurídicos importantes para o funcionamento adequado da incorporação imobiliária. Por um lado, a garantia hipotecária, que possibilita o fornecimento do crédito que viabiliza o empreendimento imobiliário. Por outro, a proteção dos adquirentes, parte hipossuficiente frente ao incorporador e à instituição financeira<sup>36</sup>.

Como consequência, o STJ editou a Súmula 308<sup>37</sup>, em 30 de março de 2005, a qual estabeleceu a ineficácia, perante o adquirente, de hipoteca firmada pelo incorporador em prol da instituição financeira<sup>38</sup>. Os julgamentos que resultaram na edição da Súmula, cabe notar, tratavam de incorporações imobiliárias financiadas por meio do Sistema Financeiro de Habitação (SFH)<sup>39</sup>, porém não raro tal entendimento é invocado para situações diversas. Assim foi ementado o acórdão paradigma:

“Sistema Financeiro de Habitação. Imóveis alienados. Hipoteca pela construtora. Promissário comprador de unidade habitacional. Garantia que não o alcança.

I - O promissário comprador de unidade habitacional pelo S.F.H. somente é responsável pelo pagamento integral da dívida relativa ao

<sup>34</sup> RIZZARDO, 2020. P. 370.

<sup>35</sup> MAIA, op. cit. p. 169.

<sup>36</sup> FREITAS, Marcelo Toledo de. *A instituição de hipoteca no âmbito da incorporação imobiliária e a súmula 308 do superior tribunal de justiça*. 2017. 33 f. Trabalho de Conclusão – Especialização em Direito Imobiliário, Instituto de Direito Público - Idp, Brasília, 2017.

<sup>37</sup> “Súmula 308: A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

<sup>38</sup> CHALHUB. op. cit. p. 260.

<sup>39</sup> Idem.

imóvel que adquiriu, não podendo sofrer constrição patrimonial em razão do inadimplemento da empresa construtora perante o financiador do empreendimento, posto que, após celebrada a promessa de compra e venda, a garantia passa a incidir sobre os direitos decorrentes do respectivo contrato individualizado, nos termos do art. 22 da Lei n. 4.864/65. Precedentes.

II - Embargos de divergência conhecidos, mas rejeitados”<sup>40</sup>.

O SFH foi instituído pela Lei 4.380 de 1964, com o intuito de criar uma política habitacional focada na habitação de interesse social<sup>41</sup>. Esse caráter se manifesta através das diversas normas voltadas a regular seu funcionamento, mas se destacam nas disposições acerca da obrigatoriedade de equivalência das prestações ao poder aquisitivo do mutuário<sup>42</sup> e nas disposições acerca da origem dos recursos destinados ao fundo<sup>43</sup>. Sobre o assunto, aponta Rizzardo:

“A própria origem dos recursos que sustentam o sistema leva à finalidade social. Destaca-se, pela sua importância, a arrecadação proveniente do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço (FGTS), criado pela antiga Lei 5.107, de 13.09.1966, e atualmente regido pela Lei 8.036/1990, o qual é formado pelos depósitos de 8% (oito por cento) sobre a folha mensal dos salários das empresas. O empregador é obrigado a depositar o percentual em conta bancária e em nome do assalariado. Essas contas são capitalizadas com juros e correção monetária. A Caixa Econômica Federal é a encarregada da administração dos valores. Captam-se, ainda, as somas nos depósitos específicos procedidos em cadernetas de poupança, que podem ser abertas em quaisquer agências da Caixa Econômica, nas sociedades de crédito imobiliário e nas associações de poupança e empréstimo”<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 187940 / SP. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 22 de setembro de 2004. Brasília.

<sup>41</sup> RIZZARDO. 2014. Op cit. Paginação irregular (41%).

<sup>42</sup> BRASIL. Lei 4.380 de 1964, Art. 5º.

<sup>43</sup> RIZZARDO. Op. cit. 2014. Op. cit. Paginação irregular (41%).

<sup>44</sup> Idem.

Dentro do contexto do SFH, foi editada a Lei 4.864 de 1965, a qual buscou a criação de garantias adicionais à hipoteca, como forma de estímulo à construção civil. Dentre essas, estava a cessão fiduciária, que visava a possibilitar que o agente financeiro receba diretamente dos adquirentes as prestações de pagamento do preço de aquisição da unidade e as utilizasse para amortizar a dívida contraída pelo incorporador para financiar a edificação<sup>45</sup>.

Como esclarece Milena Donato de Oliva, o negócio fiduciário é assim definido:

“Por meio do negócio fiduciário – seja através de expediente indireto, seja diretamente por contrato atípico – ocorre a transmissão da titularidade de uma situação jurídica subjetiva ativa ao fiduciário, para que ele dela se utilize de determinada forma, com vistas a atingir os objetivos estipulados pelo fiduciante. O fiduciário assume a obrigação de exercer o direito adquirido de determinada maneira e, ao fim de certo tempo ou mediante o implemento de uma condição, transferir aludido direito ao alienante ou a terceiro por ele indicado”<sup>46</sup>.

No caso da cessão fiduciária de crédito, a situação jurídica cuja titularidade se pretendia ceder eram os direitos creditórios decorrentes da alienação da unidade em incorporação<sup>47</sup>. Ou seja, para quitar o débito decorrente da tomada de crédito perante a instituição financeira, em vez de receber valores pela alienação de unidades em incorporação e utilizá-los para quitar o débito, o incorporador simplesmente cederia a titularidade do crédito à instituição financeira que passaria a receber diretamente do adquirente. Nas palavras de Chalhub: “O propósito do legislador era que a entidade financiadora recebesse diretamente dos adquirentes as prestações do preço de aquisição e as aplicasse na amortização da dívida decorrente do financiamento da incorporação”<sup>48</sup>.

Ocorre, entretanto, que, pela forma como foi constituída a cessão fiduciária na Lei 4.864, a cobrança pelo agente financeiro diretamente do adquirente somente poderia ocorrer em caso de inadimplemento do contrato pelo incorporador<sup>49</sup>. Esta exigência deturpava o efeito

---

<sup>45</sup> CHALHUB. op. cit. p. 257.

<sup>46</sup> OLIVA, Milena Donato de. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. 2013. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Univerisade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janiero, 2013. p. 21.

<sup>47</sup> CHALHUB. op. cit. p. 257.

<sup>48</sup> Idem.

<sup>49</sup> Idem.

da cessão fiduciária, pois, durante a edificação, parte substancial do preço é paga pelo adquirente, mas a única obrigação do incorporador é executar a obra dentro do cronograma pré-estabelecido, obrigação esta que dificilmente é descumprida<sup>50</sup>. Em adição, caso o incorporador se tornasse inadimplente durante a obra, os adquirentes poderiam alegar exceção de contrato descumprido para negarem-se a continuar a pagar as parcelas do preço<sup>51</sup>.

Essa situação se agravava ainda mais, tendo em vista o risco de os incorporadores comercializarem unidades sem dar ciência à instituição financeira, inclusive registrando as alienações no Registro de Imóveis. Assim, ocorriam situações em que a incorporação era concluída, o incorporado recebia os pagamentos dos adquirentes, mas não era capaz de quitar o débito com a instituição financeira. Em face da inadimplência, a instituição financeira executava as hipotecas e os adquirentes encontravam-se obrigados a quitar o débito do incorporador sob pena de terem suas unidades adjudicadas. Foi no contexto de situações assim que foi editada a Súmula 308, que afastou a eficácia das hipotecas firmadas entre incorporador e instituição financeira e incidente sobre unidades alienadas a adquirentes de boa-fé.<sup>52</sup>

A despeito de seu surgimento no contexto do SFH, é importante destacar que, atualmente, a súmula 308 é aplicada de forma mais ampla uma vez que nem sempre a aquisição de imóveis ocorre pela sistemática do Sistema. Nesse sentido o STJ decidiu ser aplicável a Súmula desde que se trate de imóvel residencial:

“Segundo o enunciado da Súmula no 308 do Superior Tribunal de Justiça "a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel".

Aqui, discute-se se tal entendimento também é aplicável à hipoteca que recai sobre imóvel cuja aquisição não esteja vinculada ao Sistema Financeiro da Habitação.

Salvo melhor juízo, sim.

Os precedentes que deram origem à Súmula no 308 deixam claro que a relativização da hipoteca teve por fim resguardar a "função social da casa

---

<sup>50</sup> Ibidem. p. 258.

<sup>51</sup> Idem.

<sup>52</sup> Ibidem. p. 260.

própria, moradia” (REsp no 578.981, GO, Relator para o acórdão Min. Castro Filho, publicado no DJ de 27.06.2005).

Sendo assim, a sua incidência está limitada tão-só pela natureza residencial do imóvel, que não precisa ter sido adquirido com recursos oriundos do Sistema Financeiro da Habitação.”<sup>53</sup>

Acrescente-se, ainda, que, em face das limitações decorrentes da cessão fiduciária prevista pela Lei 4.864 e ainda antes da edição da Súmula 308, em 1997 foi promulgada a Lei 9.514 que, dentre outras providências<sup>54</sup>, ajustou o mecanismo de cessão fiduciária de créditos<sup>55</sup>.

Por meio da cessão fiduciária de crédito estabelecida pela Lei 9.514, o cedente (incorporador) transfere ao cessionário (instituição financeira) temporariamente a titularidade do crédito decorrente da alienação de cada unidade. Por meio dessa cessão, a instituição recebe os pagamentos diretamente do adquirente até que seja amortizada a parcela proporcional do crédito concedido ao incorporador. Uma vez quitado o débito proporcional àquela unidade, a cessão se resolve e o incorporador volta a ser titular do crédito relativo aos valores remanescentes<sup>56</sup>. No mesmo sentido esclarece Oliva:

“Cuida-se de transferência fiduciária, na medida em que a titularidade deve ser exercida em consonância com a finalidade de garantia. O que o credor receber na qualidade de cessionário fiduciário deve servir para abater a dívida garantida, respondendo como depositário perante o devedor cedente pelo que sobejar. A titularidade do credor fiduciário é resolúvel, de maneira que, satisfeito integralmente o crédito, extingue-se a titularidade fiduciária, voltando o direito cedido a integrar o patrimônio do devedor fiduciante”<sup>57</sup>.

---

<sup>53</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 953510-PR. Relator: Min. Ari Pargendler.

<sup>54</sup> A Lei 9.514 de 1997 foi responsável por instituir o Sistema Financeiro Imobiliário e a alienação fiduciária de coisa móvel, dois marcos de extrema relevância no mercado imobiliário. Sobre o assunto, vide RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 11. Ed (1ª edição em livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Paginação irregular (51%) e OLIVA, Milena Donato de. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. 2013. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013. P. 154 158.

<sup>55</sup> CHALHUB. op. cit. p. 263.

<sup>56</sup> Ibidem. p. 252.

<sup>57</sup> DONATO. Op. cit. p. 159.

Assim, o mecanismo de cessão fiduciária de crédito instituído pela Lei 9.514 elevou consideravelmente a segurança dos adquirentes de unidades em incorporação ao dificultar que os incorporadores recebam os pagamentos pela venda das unidades, mas não quitassem o débito com a instituição financeira<sup>58</sup>.

Ademais do modelo de quitação do débito por cessão fiduciária do crédito, há outro modelo que também merece atenção. Por esse modelo, o financiamento é contratado conjuntamente pelos adquirentes e pelo incorporador. A operação é realizada por meio da contratação do financiamento pelo adquirente concomitante à compra e venda da unidade. Assim, o incorporador recebe os valores diretamente da instituição financeira, perante quem o adquirente torna-se devedor de todo o preço do imóvel<sup>59</sup>.

Dessa maneira, verifica-se que o agente financeiro ocupa posição fundamental na construção da incorporação imobiliária, vindo a contar com importantes inovações tanto negociais quanto legislativas e jurisprudenciais que, seja no campo das garantias, seja no campo das responsabilidades no interior da operação econômica em questão, em grande medida moldam tal modelo de negócios. Assim, expostas as funções desempenhadas pelos agentes que compõem a incorporação imobiliária, pode-se passar à descrição do regime jurídico de tal operação, para que então se discorra a respeito do papel na permuta nesse contexto.

---

<sup>58</sup> CHALHUB. op. cit. p. 264.

<sup>59</sup> Ibidem, p. 254.

## 2. O REGIME JURÍDICO DE INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA

Como demonstrado na seção anterior, em uma incorporação imobiliária, o incorporador, o terrenista e a instituição financeira dispõem, ainda que em graus variados, de capacidade negocial para influenciar os rumos do empreendimento. O incorporador é responsável por planejar e direcionar todo o empreendimento<sup>60</sup>. O terrenista é o proprietário inicial do imóvel sobre o qual se erguerá o condomínio<sup>61</sup>. A instituição financeira dispõe do capital necessário para viabilizar todo o empreendimento<sup>62</sup>. Assim, pressupõem-se, com razoável segurança, que essas partes são capazes proteger-se por seus próprios meios, de forma a garantir que o empreendimento não os prejudique de formas inesperadas.

Paralelamente, os adquirentes representam, em conjunto, parte indispensável para a incorporação imobiliária. Naturalmente, só há incorporação se houver demanda por imóveis incorporados. A despeito disso, individualmente, cada adquirente detém pouco ou nenhum poder de influenciar os rumos do empreendimento<sup>63</sup>.

De fato, Caio Mário da Silva Pereira, responsável pela idealização e delineação do projeto que resultou na Lei 4.591 de 1964, a Lei de Incorporação Imobiliária<sup>64</sup>, apresenta posicionamento em que parece considerar que os adquirentes individualmente são capazes de discutir os termos da negociação<sup>65</sup>. Ainda assim, o autor reconhece a necessidade de conferir previsibilidade e de restringir a atividade dos incorporadores<sup>66</sup>. Contudo, ainda que o autor discordasse, durante os anos, a necessidade de proteger os adquirentes consolidou-se progressivamente, em face, principalmente, dos casos de falências de incorporadores<sup>67</sup>. Essa

<sup>60</sup> CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação Imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 481.

<sup>61</sup> DANGOT, Samantha. *A compra e venda e a permuta na incorporação imobiliária: estudo de caso*. 2017. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Empresarial, Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017, p. 17.

<sup>62</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Contratos de Crédito Bancário*. 11. Ed (1a edição em livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. Paginação irregular (51%).

<sup>63</sup> RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 370.

<sup>64</sup> PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Incorporação Imobiliária*. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 9-18, dez. 1979. p. 8.

<sup>65</sup> “No contrato de incorporação, o instrumento da avença é previamente impresso ou policopiado por uma questão de comodidade ou de facilidade prática, não querendo dizer que o adquirente de unidade simplesmente adere ao contexto predeterminado. Se normalmente a formação do contrato é simplificada, isto não significa que as partes não possam discutir as cláusulas e adotar as que melhor condizem com seus respectivos interesses”. PEREIRA, Op. cit. p. 10.

<sup>66</sup> “A fim de coibir abusos e de evitar os aventureiros, a Lei 4.591 exige, para a promoção de uma incorporação, o preenchimento de uma pré-qualificação para realizar empreendimento desta ordem. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador” PEREIRA, Op. cit. p. 11.

<sup>67</sup> FERREIRA, Mariana Martins Costa. *A incorporação imobiliária sob uma análise crítica: as garantias contratuais como forma de mitigação de riscos*. 2012. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 12.



percepção se reflete de forma clara nas alterações realizadas ao longo do tempo na Lei de Incorporação Imobiliária.

Assim, nesta seção analisaremos a legislação incidente sobre a incorporação imobiliária sob a perspectiva de que ela se presta a proteger o adquirente. Para alcançar esse fim, como será demonstrado, esse regime determina restrições e procedimentos ao incorporador, responsável por coordenar o empreendimento.

Nesta seção, serão abordadas questões centrais do regime jurídico de incorporação imobiliária. Tal como na seção anterior, não se pretende esgotar o assunto, em face da ampla complexidade de tema, mas somente apresentar as noções suficientes para possibilitar a análise da permuta em incorporação imobiliária.

### **2.1. Dinâmica geral da incorporação imobiliária**

A incorporação imobiliária é uma atividade complexa que envolve interesses de muitas partes, investimento de grandes valores e a execução de vários passos. Para possibilitar a análise das diferentes formas de estruturar a permuta em incorporação, é importante conhecer a dinâmica geral de uma incorporação imobiliária e seus procedimentos. Certamente, essa dinâmica não é rígida, mas alguns padrões se repetem com razoável frequência.

O primeiro acontecimento relevante é a identificação de um terreno com potencial para abrigar um novo empreendimento. Essa atividade é realizada pela incorporadora e por corretores de imóveis a ela relacionados, que dispõe de conhecimento abrangente sobre o mercado imobiliário e são aptos a identificar oportunidades de negócio<sup>68</sup>.

A etapa seguinte é a negociação e a definição do modelo de aquisição do terreno onde será realizada a incorporação ou de direitos de propriedade sobre ele incidentes, nos termos dos arts. 31 e 32, a da Lei de Incorporação Imobiliária <sup>69</sup>. Isso pode ocorrer por diversas formas,

---

<sup>68</sup> CHALHUB. Op. cit. p. 25.

<sup>69</sup> “Art. 31. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser:

a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário deste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32;

b) o construtor ou corretor de imóveis;

(...)

§ 1º No caso da alínea b, o incorporador será investido, pelo proprietário de terreno, o promitente comprador e cessionário deste ou o promitente cessionário, de mandato outorgado por instrumento público, onde se faça menção expressa desta Lei e se transcreva o disposto no § 4º, do art. 35, para concluir todos os negócios tendentes à

como pela compra e venda com pagamento integral do preço, pela cessão de alguns direitos de propriedade incidentes sobre o terreno sem que a propriedade em si seja transferida, ou, como se demonstrará no capítulo seguinte, pela permuta do terreno por unidades futuras, dentre outras. A abertura criada pela lei para que essa operação pudesse ocorrer de tantas formas certamente é um fato importante para o surgimento dos diversos modelos de parceria entre incorporadores e terrenistas<sup>70</sup>.

O terceiro passo é a elaboração do projeto imobiliário pelo incorporador e a sua consecutiva aprovação pelos órgãos competentes<sup>71</sup>. Essa parte inclui considerável custo operacional para o incorporador que necessita dos serviços de arquitetos e projetistas para garantir o modelo mais adequado para os fins desejados.

Em seguida, o incorporador deve elaborar todos os documentos necessários para o registro da incorporação. Esses documentos compõem dossiê denominado de memorial de incorporação. Esse passo marca o início formal da incorporação imobiliária e será analisado em mais detalhes na subseção seguinte. Por ora, basta destacar que o conjunto de informações e documentos que integram o memorial está listado nos incisos do art. 32 da Lei de Incorporação Imobiliária<sup>72</sup>.

O quinto passo é a contratação de financiamento pelo incorporador perante a instituição financeira. Nesta ocasião, como visto anteriormente, o incorporador firma contrato atípico que vincula a liberação encadeada de créditos pela instituição financeira conforme a progressão da obra. Na ocasião, em regra, o incorporador fornece todo o imóvel onde será erguido o condomínio em garantia à instituição financeira. Esse modelo de financiamento, contudo, leva a que as unidades alienadas aos adquirentes estejam hipotecadas para garantir a dívida do incorporador, o que levou o STJ a editar a sua Súmula 308, a qual afasta a eficácia da hipoteca perante os adquirentes<sup>73</sup>. Como consequência, foi desenvolvido outro modelo de

---

alienação das frações ideais de terreno, mas se obrigará pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador.

(...)

Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretroatável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado” BRASIL. Lei nº 4.591, 1964.-

<sup>70</sup> CHALHUB. Op. cit. p. 25.

<sup>71</sup> Idem.

<sup>72</sup> Ibidem. p. 26.

<sup>73</sup> “Súmula 308: A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel”.

financiamento que ocorre concomitantemente à comercialização das unidades e pelo qual o próprio adquirente, no momento da negociação, fornece a fração ideal e suas acessões em garantia fiduciária<sup>74</sup>.

A sexta etapa é a oferta pública das unidades em construção. Neste momento, o incorporador promove anúncios, instala plantão de vendas, constrói unidade modelo mobiliada para demonstração e adota todas as medidas necessárias para que os adquirentes em potencial tomem conhecimento do novo empreendimento<sup>75</sup>. A tendência é que a esta etapa somente cesse com a venda de todas as unidades disponíveis.

Concomitantemente ao passo anterior, o sétimo consiste na comercialização das unidades. Com já demonstrado, isso pode ocorrer tanto por contratos de compra e venda como por contratos de promessa de compra e venda das unidades futuras. É possível também que seja realizada a compra e venda da fração ideal com obrigação de edificação da unidade sobre ela.

Com incorporação imobiliária iniciada, as unidades em comercialização e o financiamento garantido, o incorporador necessita promover a edificação do empreendimento. É importante ressaltar que não há obrigação de que o incorporador execute diretamente a obra. A atividade de incorporação, nesse sentido, é caracterizada pela comercialização de unidades vinculadas a condomínio edilício e cuja construção ainda não esteja concluída. Ou seja, não há nenhuma necessidade de que o incorporador seja o próprio construtor do imóvel. Sendo assim, o incorporador pode promover a edificação por meio da contratação de terceiros ou pela execução diretamente da obra<sup>76</sup>.

A nona etapa ocorre com a conclusão da obra. Após executar toda a edificação, o incorporador promove a expedição da certidão de conclusão ou do “habite-se” pelo órgão responsável no município. Neste momento, contratos de promessa de compra e venda de unidades são convertidos em contratos efetivos de compra e venda e a transferência da propriedade é registrada no Cartório de Registro de Imóveis competente<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> CHALHUB, op. cit., p. 254-255

<sup>75</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Op. cit. p. 26.

<sup>76</sup> Ibidem. p. 22 - 23.

<sup>77</sup> Ibidem. p. 29.

Uma vez expedido o habite-se, o incorporador deve averbar a conclusão da edificação no Cartório de Registro de Imóveis de forma a produzir a conclusão da incorporação e a instituição do condomínio edilício<sup>78</sup>.

Assim, em regra, a progressão de uma incorporação imobiliária ocorre conforme a seguinte tabela:

1	Identificação de terreno com potencial;
2	Negociação e definição do modelo de aquisição do terreno ou de direitos de propriedade sobre ele incidentes;
3	Elaboração e aprovação de projeto imobiliário;
4	Elaboração e registro do memorial de incorporação;
5	Contratação de financiamento;
6	Oferta pública das unidades em incorporação;
7	Negociação das unidades em incorporação;
8	Promoção da edificação do empreendimento;
9	Conclusão das obras e promoção da emissão do habite-se;
10	Registro da edificação e instituição do condomínio.

## 2.2. Memorial de incorporação

Dentre todas as indispensáveis etapas da incorporação imobiliária, uma delas merece especial atenção, sobretudo diante de ser elemento peculiar a essa operação. O arquivamento do memorial de incorporação é momento crucial para uma incorporação imobiliária, porque é a peça central do sistema desenvolvido pelo legislador para proteger os adquirentes de imóveis em construção.

<sup>78</sup> “Art. 44. Após a concessão do “habite-se” pela autoridade administrativa, o incorporador deverá requerer a averbação da construção das edificações, para efeito de individualização e discriminação das unidades, respondendo perante os adquirentes pelas perdas e danos que resultem da demora no cumprimento dessa obrigação.” BRASIL. Lei nº 4.591, 1964.

O memorial de incorporação é um conjunto de documentos e informações que definem a estrutura do empreendimento. Nele estão contidos todos os documentos necessários para caracterizar o projeto e as partes nele envolvidas<sup>79</sup>.

A Lei de Incorporação Imobiliária determina que o incorporador deve promover o registro do memorial na matrícula do imóvel onde será erguido o condomínio antes da negociação de qualquer unidade. O número do registro deve estar disposto com todos os anúncios, publicações ou contratos do empreendimento<sup>80</sup>. A intenção é que qualquer adquirente em potencial possa consultar os documentos integrantes do memorial e se certificar dos detalhes e da higidez do projeto no qual está investindo.

Todos os documentos obrigatórios do memorial de incorporação estão assim listados no art. 32 da Lei de Incorporação Imobiliária:

- “a) título de propriedade de terreno, ou de promessa, irrevogável e irretratável, de compra e venda ou de cessão de direitos ou de permuta do qual conste cláusula de imissão na posse do imóvel, não haja estipulações impeditivas de sua alienação em frações ideais e inclua consentimento para demolição e construção, devidamente registrado;
- b) certidões negativas de impostos federais, estaduais e municipais, de protesto de títulos de ações cíveis e criminais e de ônus reais relativante ao imóvel, aos alienantes do terreno e ao incorporador;
- c) histórico dos títulos de propriedade do imóvel, abrangendo os últimos 20 anos, acompanhado de certidão dos respectivos registros;
- d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes;
- e) cálculo das áreas das edificações, discriminando, além da global, a das partes comuns, e indicando, para cada tipo de unidade a respectiva metragem de área construída;
- f) certidão negativa de débito para com a Previdência Social, quando o titular de direitos sobre o terreno for responsável pela arrecadação das respectivas contribuições;
- g) memorial descritivo das especificações da obra projetada, segundo modelo a que se refere o inciso IV, do art. 53, desta Lei;
- h) avaliação do custo global da obra, atualizada à data do arquivamento, calculada de acordo com a norma do inciso III, do art. 53 com base nos custos

<sup>79</sup> CHALHUB. Op. cit. p. 59 – 63.

<sup>80</sup> “Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

(...)

§ 1º A documentação referida neste artigo, após o exame do Oficial de Registro de Imóveis, será arquivada em cartório, fazendo-se o competente registro.

(...)

§ 3º O número do registro referido no § 1º, bem como a indicação do cartório competente, constará, obrigatoriamente, dos anúncios, impressos, publicações, propostas, contratos, preliminares ou definitivos, referentes à incorporação, salvo dos anúncios “classificados.” BRASIL. Lei nº 4.591, 1964.

unitários referidos no art. 54, discriminando-se, também, o custo de construção de cada unidade, devidamente autenticada pelo profissional responsável pela obra;

i) discriminação das frações ideais de terreno com as unidades autônomas que a elas corresponderão;

j) minuta da futura Convenção de condomínio que regerá a edificação ou o conjunto de edificações;

l) declaração em que se defina a parcela do preço de que trata o inciso II, do art. 39;

m) certidão do instrumento público de mandato, referido no § 1º do artigo 31;

n) declaração expressa em que se fixe, se houver, o prazo de carência (art. 34);

o) atestado de idoneidade financeira, fornecido por estabelecimento de crédito que opere no País há mais de cinco anos.

p) declaração, acompanhada de plantas elucidativas, sobre o número de veículos que a garagem comporta e os locais destinados à guarda dos mesmos.”<sup>81</sup>

A alínea “a” do art. 32 possibilita que o incorporador seja (i) o próprio proprietário ou (ii) promitente comprador do imóvel. Para que a segunda modalidade de título seja aceita, é necessário (i) que se trate de promessa irrevogável de transmissão da propriedade, (ii) que não haja restrição à possibilidade de alienação do imóvel em frações ideais, (iii) que haja imissão imediata do promitente adquirente na posse do imóvel e (iv) que haja autorização expressa para demolição e edificação no imóvel<sup>82</sup>.

A exigência de que o título aquisitivo do terreno seja irrevogável é uma decorrência necessária do sistema da incorporação imobiliária. Como visto anteriormente, o contrato de comercialização das unidades em edificação deve, obrigatoriamente, ser irrevogável para conferir a proteção adequada não só às partes diretamente envolvidas nele, mas também à toda a saúde financeira do empreendimento. Ao mesmo tempo, contudo a Lei de Incorporação Imobiliária possibilita que o incorporador não seja o proprietário do terreno. Assim, para possibilitar que o incorporador não proprietário possa estabelecer contratos para a comercialização das unidades de forma irrevogável, é necessário que o título aquisitivo do incorporador seja igualmente irrevogável<sup>83</sup>.

---

<sup>81</sup> BRASIL. Lei nº 4.591, 1964.

<sup>82</sup> O § 1º do art. 31 da mesma lei abre uma possibilidade a mais, segundo a qual o incorporador pode ser mero mandatário do proprietário ou promitente adquirente do terreno. Essa possibilidade resulta em uma relevante forma de estruturação da parceria entre incorporador e terrenista e será analisada na cessão seguinte.

<sup>83</sup> MEZZARI, op cit. p. 125.

Da mesma forma, a liberdade para comercialização das frações ideais, a imissão na posse e a liberdade para demolir e construir são necessárias para que a incorporação possa ser concretizada com mero título aquisitivo do terreno<sup>84</sup>.

As alíneas “b” e “f” tratam da obrigatoriedade de apresentação de certidões negativas relativas ao terreno e ao cumprimento de obrigações previdenciárias pelo proprietário. A despeito disso, a terminologia não é adequada, pois o § 5º<sup>85</sup> do mesmo artigo 32 esclarece que é possível o registro do memorial ainda que existam ônus fiscais ou reais incidentes sobre o terreno, desde que estes não obstem a alienação do imóvel. Ainda assim, é necessário o arquivamento de certidões que indiquem a existência e o status de qualquer ônus incidente sobre o imóvel. A intenção da disposição é conferir plena publicidade à situação da incorporação e aos seus riscos. Caso entenda necessário, o Oficial de Registro de Imóveis pode até mesmo solicitar o fornecimento de esclarecimentos sobre a situação dos processos judiciais que podem vir a embaraçar o empreendimento<sup>86</sup>.

A alínea “c” exige a apresentação do histórico de propriedade do terreno dos 20 anos anteriores. Esse prazo decorre do prazo prescricional para a aquisição de imóveis previsto no Código Civil de 1916 e vigente à época de edição da lei. Atualmente, contudo, a prescrição ocorre em somente 15 anos<sup>87</sup>, de forma que há pouco sentido na manutenção dessa disposição, ainda que ela permaneça obrigatória<sup>88</sup>.

Em sequência, a alínea “d” dispõe sobre o projeto da construção, o qual deve estar previamente aprovado pelas autoridades municipais competentes. De forma relacionada, a alínea “e” exige a apresentação do cálculo de todas as áreas a serem edificadas, com distinção entre as áreas comuns e as correspondentes à cada unidade autônoma. Ainda, a alínea “g” determina o arquivamento de memorial descritivo das especificações da obra, no qual são explicitadas questões como os materiais a serem utilizados. Os tópicos destas três alíneas devem ser dispostos nos moldes dos quadros I, II, V e VIII da NBR 12.721 elaborados pela ABNT.<sup>89</sup>

---

<sup>84</sup> Ibidem. p. 124.

<sup>85</sup> “§ 5º A existência de ônus fiscais ou reais, salvo os impeditivos de alienação, não impedem o registro, que será feito com as devidas ressalvas, mencionando-se, em todos os documentos, extraídos do registro, a existência e a extensão dos ônus.”

<sup>86</sup> CHALHUB. Op. cit. p. 69 – 71.

<sup>87</sup> “Art. 1.238. Aquele que, por quinze anos, sem interrupção, nem oposição, possuir como seu um imóvel, adquire-lhe a propriedade, independentemente de título e boa-fé; podendo requerer ao juiz que assim o declare por sentença, a qual servirá de título para o registro no Cartório de Registro de Imóveis”.

<sup>88</sup> SANTOS, Flauzilio Araújo dos. *Condomínios E Incorporações no Registro De Imóveis. teoria e prática*. São Paulo? Mirante e Et Cetera Editora., 2012, p. 226.

<sup>89</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Op. cit. p. 73.

A alínea “h” obriga a inclusão de orçamento global da obra, essencial para que os adquirentes possam mensurar o contexto financeiro e econômico do investimento que pretendem realizar.

Em seguida, a alínea “i” dispõe sobre a discriminação das frações ideias do terreno e das respectivas futuras unidades autônomas. Como visto na subseção acerca do conceito de condomínio edilício, essas duas características são centrais ao regime jurídico que regerá o futuro condomínio instituído ao fim da incorporação.

A alínea “j” trata da minuta da futura Convenção de Condomínio. Uma vez mais, trata-se de aspecto central do regime jurídico de condomínio edilício. Após aprovação pelos condôminos, a Convenção regerá os principais aspectos necessário à administração do condomínio.

A alínea “l” determina que, em caso de aquisição do terreno por meio de permuta, deverá ser exposto a parcela das unidades destinadas ao pagamento e, se houver, o valor de parcela paga em dinheiro<sup>90</sup>. Aqui, a lógica é que os adquirentes são os efetivos financiadores do empreendimento. Dessa forma, é necessário conferir publicidade ao preço do terreno pelo qual eles pagarão indiretamente.

A alínea “m” obriga o arquivamento de mandato para incorporação<sup>91</sup>, caso houver. Trata-se de hipótese de estruturação da incorporação imobiliária pela qual o proprietário do terreno, ou o promitente adquirente dele, não atua diretamente como incorporador, mas confere mandato para que o construtor ou corretor de imóveis o faça. Esse formato será analisado na

---

<sup>90</sup> “Art. 39. Nas incorporações em que a aquisição do terreno se der com pagamento total ou parcial em unidades a serem construídas, deverão ser discriminadas em todos os documentos de ajuste:

I - a parcela que, se houver, será paga em dinheiro;

II - a quota-parte da área das unidades a serem entregues em pagamento do terreno que corresponderá a cada uma das unidades, a qual deverá ser expressa em metros quadrados.

Parágrafo único. Deverá constar, também, de todos os documentos de ajuste, se o alienante do terreno ficou ou não sujeito a qualquer prestação ou encargo.” BRASIL. Lei nº 4.591, 1964.

<sup>91</sup> “Art. 31. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser:

a) o proprietário do terreno, o promitente comprador, o cessionário dêste ou promitente cessionário com título que satisfaça os requisitos da alínea a do art. 32;

b) o construtor ou corretor de imóveis;

(...)

§ “1º No caso da alínea b, o incorporador será investido, pelo proprietário de terreno, o promitente comprador e cessionário dêste ou o promitente cessionário, de mandato outorgado por instrumento público, onde se faça menção expressa desta Lei e se transcreva o disposto no § 4º, do art. 35, para concluir todos os negócios tendentes à alienação das frações ideais de terreno, mas se obrigará pessoalmente pelos atos que praticar na qualidade de incorporador.” BRASIL. Lei nº 4.591, 1964.



próxima seção deste trabalho e constitui, uma das formas para operacionalizar a parceria entre o terrenista e o incorporador.

A alínea “n” obriga o registro da existência de prazo de carência, caso o incorporador tenha optado por ele. O prazo de carência<sup>92</sup> é período após o arquivamento do memorial, dentro do qual o incorporador pode desistir do empreendimento, mediante atendimento de condições pré-fixadas. Esse prazo pode se entender por, no máximo, 180 dias, é improrrogável e deve ser informado nos contratos de comercialização<sup>93</sup>. Essa possibilidade existe para prevenir uma incorporação malsucedida. Ao planejar um empreendimento, o incorporador realiza previsões acerca da demanda pelas unidades que serão oferecidas.

Caso essa previsão não se concretize, o incorporador pode se ver diante de uma situação delicada, na qual não consegue alienar unidades o suficiente para custear o empreendimento, mas continua responsável por entregar as unidades conforme as especificações e prazos pré-estabelecidos. Situações assim, podem colocar em risco a higidez financeira do incorporador e, conseqüentemente, do empreendimento como um todo. Assim, o prazo de carência funciona como uma importante válvula de escape.

Em seguida, a alínea “o” exige a apresentação de atestado de idoneidade financeira do incorporador. Esse documento deve ser emitido por instituição financeira com, pelo menos, 5 anos de atuação no país. Apesar da aparente importância desse documento, ele é considerado pouco relevante pela doutrina, pois não vincula de nenhuma forma a instituição. Não se trata de aval, garantia ou compromisso de concessão de crédito de qualquer forma. Assim, caso a instituição emita este atestado sem realizar nenhuma análise prévia, não sofrerá nenhuma consequência, de modo que é difícil garantir o rigor da avaliação realizada previamente à sua emissão<sup>94</sup>.

Por fim, a alínea “p” obriga a inclusão de planta elucidativa acerca da disposição e da capacidade das vagas de garagem que existirão no condomínio. O impacto das vagas de garagem no preço dos imóveis é expressivo, de forma que a clareza acerca desse ponto é essencial aos adquirentes e deve estar igualmente arquivada no memorial.

Dessa maneira, a incorporação imobiliária se apresenta por intermédio de dinâmica complexa e repleta de peculiaridades que não somente autorizam a construção de grandes

---

<sup>92</sup> “Art. 34. O incorporador poderá fixar, para efetivação da incorporação, prazo de carência, dentro do qual lhe é lícito desistir do empreendimento.” Ibidem.

<sup>93</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Op. cit. p. 81 – 84.

<sup>94</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Ibidem. p. 80.

empreendimentos, como também concedem aos agentes considerável liberdade negocial, de tal maneira que a busca por modelos de negócio mais eficientes se mostra como importante caminho para a viabilidade dessas operações.

### 3. PERMUTA EM INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA – DUAS ESTRUTURAS

Como demonstrado nas seções anteriores, a incorporação imobiliária é uma operação jurídica complexa, que envolve partes muito distintas entre si, valores elevados e com capacidade de gerar impactos sociais e econômicos sensíveis.

Dentre os múltiplos interesses que necessitam ser conciliados em uma incorporação estão a busca do incorporador por reduzir e retardar seus custos e a busca do terrenista por amplificar seu benefício econômico com a alienação do terreno. Frequentemente, a solução encontrada pelo incorporador para atender aos interesses próprios e do terrenista é vincular o preço pago pelo terreno ao grau de sucesso econômico do empreendimento. Dessa forma, o incorporador protela as despesas com a aquisição do terreno e diminui os gastos caso o empreendimento seja malsucedido. O terrenista, por sua vez, tende a aumentar o valor recebido pela alienação do terreno<sup>95</sup>.

A prática comercial do mercado imobiliário denomina diversas operações com essa característica de permuta<sup>96</sup>. Isso, porque, em regra, o pagamento pelo terreno é feito pela transferência de algumas das unidades nele edificadas ao terrenista<sup>97</sup>.

Neste trabalho, analisaremos duas das estruturas mais comumente utilizadas: a permuta em sentido estrito<sup>98</sup> e a compra e venda com dação em pagamento<sup>99</sup>. Sobre cada modelo serão tratados a natureza jurídica, os aspectos registraes e o modo como elas distribuem os riscos entre o incorporador e o terrenista.

#### 3.1. Permuta em sentido estrito

Nesta subseção, analisaremos a operação da troca de terreno por unidades nele incorporadas por meio de termo contratual de permuta. Como será demonstrado, no entanto, a permuta pode ocorrer por meio de termos contratuais distintos e procedimentos mais

---

<sup>95</sup> ZORZI, Juliano. *Permuta de terreno por unidades futuras em incorporações imobiliárias*. 2013. 119 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Insper, São Paulo, 2013. P. 10.

<sup>96</sup> DANGOT, op. cit. p. 57.

<sup>97</sup> GEARA, Cassio Palma Karam; CARNEIRO, Wagner Buture. As ferramentas contratuais para a formação de negócios imobiliários entre terrenistas e empreendedores. *Revista Ibradim de Direito Imobiliário*, São Paulo, p. 65-91, dez. 2019. p. 72.

<sup>98</sup> ZORZI, op. cit. p. 48 – 51.

<sup>99</sup> Ibidem. p. 38 – 44.

complexos<sup>100</sup>. Dessa forma, para possibilitar a diferenciação, denominaremos de “permuta em sentido estrito” a permuta operacionalizada por meio de termo contratual de permuta.

### 3.1.1. Natureza jurídica

O art. 39 da Lei de Incorporação Imobiliária assim dispõe:

Art. 39. Nas incorporações em que a aquisição do terreno se der com pagamento total ou parcial em unidades a serem construídas, deverão ser discriminadas em todos os documentos de ajuste:

I - a parcela que, se houver, será paga em dinheiro;

II - a quota-parte da área das unidades a serem entregues em pagamento do terreno que corresponderá a cada uma das unidades, a qual deverá ser expressa em metros quadrados.

Parágrafo único. Deverá constar, também, de todos os documentos de ajuste, se o alienante do terreno ficou ou não sujeito a qualquer prestação ou encargo.<sup>101</sup>

O art. 39 prevê explicitamente a possibilidade de que a aquisição do terreno pelo incorporador ocorra com pagamento por unidades incorporadas, contudo não esclarece a natureza jurídica do negócio descrito<sup>102</sup>. Isso provocou muitas discussões doutrinárias sobre o assunto. A respeito do tópico, Marcelo Terra afirma que:

A boa técnica legislativa recomenda não dever o legislador conceituar os institutos, tarefa que cabe, por definição, à doutrina. Contudo, o art. 39 poderia ser mais claro, sinalizar com maior precisão a figura jurídica ali referida, não se utilizando de termos vagos, como que o receio de tomar partido, de utilizar o instrumental jurídico então à sua disposição<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Idem.

<sup>101</sup> BRASIL. Lei nº 4.591, 1964.

<sup>102</sup> TERRA, Marcelo. A concretização da Incorporação Imobiliária. Boletim do IRIB. São Paulo, n. 156, 1990. p. 65.

<sup>103</sup> Ibidem. p. 66.

Em face da falta de clareza do instituto, o autor elaborou análise comparada a fim de buscar compreender se se trata de modalidade de compra e venda, empreitada ou permuta<sup>104</sup>.

A primeira hipótese eliminada é a de que se trataria de contrato de empreitada. Na empreitada, uma das partes – empreiteiro – se obriga a entregar obra concluída à outra – proprietário – mediante pagamento<sup>105</sup>. O empreiteiro presta um serviço de edificação ao proprietário, as diretrizes da obra são definidas pelo proprietário e a destinação econômica da construção é igualmente decidida pelo proprietário<sup>106</sup>.

No negócio descrito no art. 39 da Lei de Incorporação Imobiliária, não há remuneração em contrapartida pela obra e o incorporador realiza a edificação de forma autônoma das determinações do terrenista<sup>107</sup>. O incorporador não é remunerado pelo terrenista pela edificação no terreno, mas sim o terrenista é remunerado pelo incorporador pela aquisição do terreno. Em adição o incorporador tem ampla autonomia para decidir o projeto e a sua destinação econômica. Ainda que seja comum que o incorporador se obrigue a compartilhar informações acerca do projeto com o terrenista, a proposta é feita pelo incorporador e o compartilhamento somente necessário, porque alterações podem resultar na mudança do valor das unidades incorporadas.

Para analisar a possibilidade de que o negócio jurídico descrito no art. 39 seja de compra e venda, Marcelo Terra pauta-se pelo estudo da intenção das partes<sup>108</sup>, entendida como: “o que queriam efetivamente, vontade comum efetiva, sem a prevalência de um sobre o outro”<sup>109</sup>.

Pela análise da intenção das partes nos negócios jurídicos descritos no art. 39 da Lei de Incorporação Imobiliária, o autor conclui que somente é possível que se trate de permuta. Isso, porque, desde o momento da contratação, a intenção das partes é de trocar um bem por outro<sup>110</sup>. Trata-se da característica distintiva entre a permuta e a compra e venda, na qual o dinheiro, ao menos inicialmente, é o meio de troca adotado entre as partes<sup>111</sup>.

---

<sup>104</sup> Ibidem. p. 2 do PDF

<sup>105</sup> ZAPAROLI, Rodrigo Alves. Aspectos polêmicos do contrato de empreitada: análise fundamentada no direito comparado. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 10, n. 2, p. 185-212, 12 dez. 2015. Faculdade de Direito de Franca. p. 185.

<sup>106</sup> SANTOS, Milton Evaristo dos. As obras extraordinárias no contrato de empreitada: estudos de doutrina e jurisprudência. *Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos*, v. 6, p. 257-266, jun. 2011. p. 257.

<sup>107</sup> TERRA. Op. cit. p. 68.

<sup>108</sup> Ibidem. p. 69. (Marcelo terra)

<sup>109</sup> GOMES, Fernando de Paula. DO CONTRATO: INTERPRETAÇÃO E BOA-FÉ. *Revista de Direito Privado*, [s. l], v. 27, p. 96-142, set. 2006.

<sup>110</sup> TERRA, op cit. p. 69.

<sup>111</sup> Idem. p. 69.

É comum que, em adição ao pagamento com unidades incorporadas, o incorporador pague, em dinheiro, parte do valor correspondente ao terreno. Esse mecanismo é denominado de torna<sup>112</sup> e é de grande valia para a incorporação imobiliária, pois permite regular o grau de vinculação do preço do terreno ao sucesso do empreendimento. Por meio da torna, o terrenista garante o recebimento de um valor mínimo e independente do sucesso do empreendimento. Pode se estabelecer que a torna seja paga logo no momento da transferência da propriedade<sup>113</sup>, o que possibilita que o terrenista receba algum valor antes do fim de todo o processo de incorporação.

Em regra, a natureza de permuta da operação realizada entre terrenista e incorporador se mantém ainda que haja torna. Carvalho Santos esclarece que a torna não descaracteriza a natureza de permuta da operação, desde que se mantenha como elemento acessório do contrato<sup>114</sup>.

Para a parcela majoritária da doutrina, a torna é considerada como elemento acessório, desde que não supere o valor estimado da coisa permutada<sup>115</sup>. É importante notar, contudo, que esse critério é impreciso, pois, na permuta, o valor de um bem é definido de forma subjetiva em relação ao bem pelo qual é permutado e não de forma absoluta. Dessa forma, há parte da doutrina que considera que a intenção das partes é o elemento distintivo da torna como elemento acessório ou não. Para esse posicionamento, se a intenção das partes for a de permutar, a torna não altera o tipo contratual<sup>116</sup>.

Após cotejar os principais argumentos existentes na doutrina, Tercio Sampaio Ferraz Júnior conclui que:

“poder-se-ia dizer que a torna em dinheiro não caracteriza preço quando compensa interesses, à exceção daqueles casos em que a quantidade entregue em dinheiro seja tão desproporcionada, por excesso, com relação à coisa trocada que ela complementa que à evidência a intenção contratual de estar fazendo uma troca se mostre desvirtuada”<sup>117</sup>

---

<sup>112</sup> FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. Da permuta no direito brasileiro. *Revista de Direito Privado*, [s. l], v. 62, p. 47-58, 2015. p. 52.

<sup>113</sup> ZORZI, op. cit. p. 106.

<sup>114</sup> CARVALHO SANTOS, J. M. Código Civil Interpretado, vol. XVI, 1936, Calvino Filho, Editor. Rio de Janeiro. p. 279.

<sup>115</sup> ZORZI, op. cit. p. 22 – 24.

<sup>116</sup> FERRAZ JUNIOR, op cit. p. 53.

<sup>117</sup> Idem.

A conclusão do autor nos parece a mais correta, pois condiz com os parâmetros de interpretação contratual determinados pelo Código Civil, tendo em vista que a intenção das partes não se confunde com a sua vontade psicológica, mas sim com o seu comportamento e as circunstâncias que as circundam.

Para a análise que se realiza neste trabalho, adotamos como premissa que estamos tratando de negócios jurídicos em que, ainda que haja torna em dinheiro, não se descaracteriza a permuta realizada entre incorporador e terrenista.

Afastada a possibilidade de que o negócio jurídico descrito no art. 39 seja empreitada ou compra e venda, Frederico Viegas de Lima apresenta outra discussão relevante. Os bens permutados – terreno e unidades incorporadas – não coexistem no tempo. No momento da transferência do terreno, juridicamente, as unidades dadas em permuta não existem, precisamente porque somente serão efetivamente constituídas ao fim da incorporação<sup>118</sup>. Parte da doutrina alega, nesse sentido, que a permuta é caracterizada pela troca simultânea de bens, de forma que a ausência de coexistência entre terreno e unidades incorporadas afastaria a possibilidade de se tratar de permuta<sup>119</sup>.

Como esclarece Lima, contudo, esse entendimento contraria as conceituações mais clássicas do instituto, que reconhecem a possibilidade da permuta para quaisquer coisas que estejam no comércio, ou seja, que não sofram indisponibilidade natural, legal ou voluntária<sup>120</sup>. No mesmo sentido, o entendimento de que a ausência de coexistência impediria a permuta contraria o princípio da liberdade contratual, inerente ao Direito privado brasileiro<sup>121</sup>. Não há razão jurídica, nem prática, para impossibilitar que a permuta se dê de forma não simultânea.

Não se pode negar, no entanto, que a inexistência das unidades permutadas no momento da transferência do terreno tem um efeito relevante: o incorporador não pode transferi-las automaticamente ao terrenista<sup>122</sup>. Para resolver essa questão, a doutrina apresenta duas soluções distintas: a promessa de permuta e a permuta de coisa por direito.

A doutrina majoritária e a jurisprudência entendem, nesse sentido, que, inicialmente, as partes celebram contrato de promessa de permuta que somente se aperfeiçoa em efetiva permuta com a entrega das unidades incorporadas ao terrenista<sup>123</sup>.

---

<sup>118</sup> LIMA, Frederico Henrique Viegas de. Sobre o contrato de promessa de permuta imobiliária: um aspecto de direito comparado para aproximação de seu conceito. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 34, p. 229-247, dez. 1994. p. 229.

<sup>119</sup> LIMA, op. cit. p. 230.

<sup>120</sup> Ibidem, p. 231.

<sup>121</sup> LIMA, op. cit. p. 231.

<sup>122</sup> Ibidem. p. 229.

<sup>123</sup> TERRA, op. cit. p. 6 – 7.

O contrato preliminar ou contrato-promessa é negócio jurídico por meio do qual as partes obrigam-se a um contrato futuro que não se pode ou não se deseja contratar imediatamente<sup>124</sup>. Tem por objeto, dessa maneira, a celebração do contrato definitivo quando atendidas as condições nele previstas<sup>125</sup>. Para esse posicionamento, a permuta é caracterizada pela troca recíproca de bens<sup>126</sup>. Assim, o contrato definitivo de permuta somente se aperfeiçoa com a transferência das unidades incorporadas ao terrenista, ou seja, ao fim da incorporação imobiliária, com a instituição do condomínio e surgimento das unidades autônomas enquanto imóveis juridicamente existentes<sup>127</sup>.

É importante ressaltar, no entanto, que há parcela da doutrina que entende não ser necessário contrato preliminar e, posteriormente, contrato definitivo de permuta. Nesse sentido, Mezzari, afirma que a permuta é a troca de bem por bem, mas não necessariamente bens de mesma categoria<sup>128</sup>. Considerando que direitos reais e obrigacionais são considerados bens, conforme previsão expressa do Código Civil, o negócio realizado entre terrenista e incorporador é permuta de imóvel por direito real de aquisição<sup>129</sup>. No mesmo sentido entende Marcelo Terra que defende tratar-se de liberalidade das partes celebrar o negócio por meio de contrato preliminar ou por meio de contrato definitivo<sup>130</sup>.

Conclui-se, portanto, que tem natureza jurídica de permuta o contrato estabelecido entre terrenista e incorporador para a alienação do terreno em contrapartida a transferência de unidades nele incorporadas. Essa natureza não se altera ainda que haja torna, desde que a torna permaneça como elemento acessório do contrato. O entendimento majoritário é de a transferência do terreno ao incorporador ocorre por promessa de permuta e que a permuta somente se efetiva com a transferência das unidades incorporadas ao terrenista. Há, contudo, base jurídica para defender que a permuta se efetiva de uma só vez e é caracterizada pela troca de terreno por direito de aquisição de unidades nele incorporadas.

### 3.1.2. Aspectos registraes

---

<sup>124</sup> ALEM, Fabio P.. Contrato Preliminar: níveis de eficácia. São Paulo: Almedina Brasil, 2018. p. 49

<sup>125</sup> Ibidem, p. 50

<sup>126</sup> Serpa Lopes, Miguel Maria - Curso de Direito Civil, vol. III, Fontes das Obrigações: Contratos, 4.a ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1991, p. 339

<sup>127</sup> LIMA, op cit. p. 81.

<sup>128</sup> MEZZARI, Mario Pazutti. Condomínio e incorporação no registro de imóveis. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 119.

<sup>129</sup> MEZZARI. Op cit. p. 119.

<sup>130</sup> TERRA, op cit. p. 7.



Caso se entenda que é necessária a celebração de contrato preliminar, o primeiro passo da permuta em sentido estrito é a celebração de escritura de promessa de permuta entre terrenista e incorporador. Uma vez celebrado a escritura de promessa, é necessário transmitir a propriedade do terreno ao incorporador<sup>131</sup> a título de promessa de permuta por parte das unidades que nele serão incorporadas. Contudo, a registrabilidade da promessa de permuta em incorporação enfrenta dois óbices principais.

O primeiro deles diz respeito à suposta ausência de previsão legal da possibilidade de registro da promessa de permuta. Parte da jurisprudência e da doutrina compreendem que há uma lista *numerus clausus* de títulos registráveis<sup>132</sup>. Isto é, há um rol taxativo de todos os títulos que podem ser registrados, conforme indicados no art. 167 da Lei de Registros Públicos.

Dentre os itens listados no referido artigo, não está a promessa de permuta, o que leva parte da doutrina e da jurisprudência a considerarem que o contrato de promessa de permuta não pode ingressar o registro de imóveis<sup>133</sup>. Esse posicionamento pode ser encontrado em decisões consideravelmente recentes, como no caso da apelação n. 1099413-38.2015.8.26.0100 julgada em 2016 pelo Conselho Superior da Magistratura do Estado de São Paulo que assim decidiu:

“REGISTRO DE IMÓVEIS – Dúvida – Promessa de permuta – Impossibilidade de registro, à míngua de previsão no rol do art. 167, I, da Lei 6015/73, que é taxativo – Direito de superfície veiculado em contrato particular – Impossibilidade de registro, pela necessidade da forma pública, nos moldes dos artigos 1369 do Código Civil e 21 da Lei 10.257/01 – Dúvida procedente – Recurso improvido.

(...)

**O rol de atos passíveis de registro perante o Cartório de Registro de Imóveis é taxativamente previsto no artigo 167, I, da lei 6.015/73. Negócio jurídico cuja natureza não se amolde a qualquer das alíneas do inciso em pauta não pode ser registrado.**

Ao fazer o juízo de legalidade do título, o Oficial, de maneira correta, verificou que não existe previsão legal para o seu registro. Ao contrário da

<sup>131</sup> LIMA, op. cit. p. 229.

<sup>132</sup> LEITE, Carlos Kennedy da Costa. O ingresso dos contratos atípicos no registro de imóveis. *Revista de Direito Imobiliário*, São Paulo, v. 79, p. 33-83, dez. 2015. p. 41 – 43.

<sup>133</sup> ZORZI, op. cit. p. 128.

regra de que, ausente vedação expressa, permite-se o ato, aqui, em matéria registrária, ausente previsão expressa, não se permite o ato.” (Apelação Cível n.o 1057061-65.2015.8.26.0100, j. 8/4/16)

Neste passo, não se vê, das hipóteses mencionadas no art. 167, I, da Lei de Registros Públicos, qualquer alusão a promessa de permuta, natureza do contrato sob análise. **O item 30 do inciso aludido prevê a possibilidade de registro “da permuta”. Não, porém, da promessa de permuta.**

(...)

Desta feita, bem postada a recusa do Sr. Oficial, nego provimento ao recurso.”<sup>134</sup>

Ainda que possível, o posicionamento acerca da impossibilidade de registro da promessa de permuta em incorporação não representa a posição adotada pela doutrina e jurisprudência mais modernas<sup>135</sup> e mais compatível com as demandas do mundo concreto.

De fato, ainda em 1973, o Supremo Tribunal Federal se posicionou no Recurso Extraordinário n. 89.501-9-RJ:

“A inscrição no Registro de Imóveis e condição essencial à adjudicação compulsória de imóvel prometido à permuta por instrumento particular. São aplicáveis à permuta as regras pertinentes às promessas de compra e venda, no caso do DEc- Lei 58/37, na redação da Lei 6.015 de 1973, que impõe esse requisito.”<sup>136</sup>

Como analisado por Mezzari, esse julgado precisa ser estudado em seu contexto histórico, no qual ainda se entendia necessário o registro do contrato de promessa de alienação para a adjudicação compulsória<sup>137</sup>. A despeito disso, o acórdão indica explicitamente o reconhecimento da possibilidade de registro da promessa de permuta.

<sup>134</sup> SÃO PAULO. Conselho Superior Dda Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação n° 1099413-38.2015.8.26.0100. Relator: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. São Paulo.

<sup>135</sup> MEZZARI, op. cit. p. 128.

<sup>136</sup> BRASIL. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n° 89.501. Relator: Min. Rafael Mayer. Brasília.

<sup>137</sup> “Essa decisão precisa ser analisada no seu contexto histórico: é preciso ressaltar que, a contar de meados da década de 90, a jurisprudência fixou-se pela desnecessidade do registro do contrato de promessa de alienação como pré-requisito essencial à concessão da adjudicação compulsória.” MEZZARI. Op. cit. p. 129.

A própria Lei de Incorporação Imobiliária, em seu art. 32, que indica os documentos integrantes do memorial de incorporação, aponta expressamente a promessa de permuta como um dos títulos suficientes para a incorporação. A análise sistêmica da Lei de Incorporação Imobiliária e da Lei de Registros Públicos, motivou a decisão proferida no processo de dúvida 204/92 da 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo:

No que pertine à promessa de permuta, este juízo, no julgamento da dúvida 686/91, reconheceu a possibilidade de inscrição da promessa de permuta de frações ideais do terreno por futuras unidades que nele seriam edificadas, antes mesmo do registro da incorporação, eis que fulcrado no art. 39 da Lei 4.591, de 1964. Salientou-se naquela oportunidade que se cuidava de “negócio comum em nossos tempos”<sup>138</sup>

A racionalidade do posicionamento majoritário que defende a possibilidade de registro do contrato de promessa de permuta parte da previsão de que o contrato de compra e venda e o contrato de permuta são submetidos ao mesmo regime jurídico, conforme previsão do art. 1.164 do Código Civil. Como estão listados no art. 167 da Lei de Registros Públicos os contratos de compra e venda, de promessa de compra e venda e de permuta, não haveria razão para negar registro à promessa de permuta<sup>139</sup>.

De fato, parte da doutrina entende não ser necessária a equiparação da promessa de permuta a promessa de compra e venda para se possibilitar o registro. Isso porque, como entende essa parcela, a lista de títulos do art. 167 da Lei de Registros Públicos é meramente exemplificativa<sup>140</sup>.

Para se entender o argumento, é necessário esclarecer os princípios da taxatividade e da tipicidade incidentes sobre direitos reais. Como explica Milena Donato Oliva:

Enquanto a taxatividade concerne à fonte do direito real, a tipicidade se refere à modalidade de seu exercício. Ao contrário dos direitos de crédito – aos quais

---

<sup>138</sup> SÃO PAULO. Primeira Vara de Registros Públicos de São Paulo, Sentença no Processo de Dúvida n. 204/92. Relator: Juiz Kioitsi Chicuta.

<sup>139</sup> LIMA, op. cit. p. 236.

<sup>140</sup> LEITE. Op. cit. 17.

se aplica o princípio da liberdade para a sua criação – os direitos reais, por serem oponíveis *erga omnes*, devem ter seus contornos estipulados em lei.<sup>141</sup>

Como explica a autora, a impossibilidade de que atores privados criem direitos reais é decorrência natural de sua natureza. Direitos reais obrigam não só as partes diretamente envolvidas, mas também geram dever geral de abstenção a todos os terceiros. Possibilitar que atores privados criassem direitos reais não previstos em lei, permitiria que um indivíduo obrigasse todos os demais sem observar o processo legislativo democrático<sup>142</sup>.

De tal raciocínio não decorre que a forma de transmissão, extinção ou constituição de direitos reais é igualmente limitada pela taxatividade e pela tipicidade. A circulação de um direito real não altera o seu conteúdo, somente o seu titular, o que não interfere na liberdade privada dos terceiros que permanecem igualmente afetados pelo dever geral de abstenção<sup>143</sup>. Nesse sentido, não há como concluir que o art. 167 da Lei de Registros Públicos apresenta lista *numerus clausus* de títulos registráveis.

No mesmo sentido, Mezzari defende que é necessário manter o sistema registral maleável às demandas do mundo negocial imobiliário<sup>144</sup>. Como aponta o autor, tal como a promessa de permuta, o art. 167 da Lei de Registros Públicos não indica a aluvião, a avulsão, o álveo abandonado, a formação de ilhas, a transmissão de propriedade em pagamento de haveres de sócios ou decorrentes de cisão, a fusão, a incorporação de empresas e diversas outras operações que demandam registrabilidade<sup>145</sup>. Assim, não haveria razão para negar registro à promessa de permuta com base na falta de previsão legal.

Ademais da discussão acerca da ausência de previsão legal para o registro da promessa de permuta, há outro obstáculo. A incorporação imobiliária é caracterizada pela comercialização de imóveis que constituirão condomínio edilício antes da conclusão de sua edificação<sup>146</sup>. O conceito de comercialização é amplo e engloba não só a alienação imediata, mas também a promessa de alienação<sup>147</sup>. A incorporação imobiliária somente pode ser feita

---

<sup>141</sup> OLIVA, Milena Donato. Transmissão da Propriedade Imobiliária por meio de contratos atípicos. *Revista Forense*, Rio de Janeiro, v. 418, p. 455-464, jan. 2014.p. 456.

<sup>142</sup> Idem

<sup>143</sup> Ibidem, p. 457.

<sup>144</sup> RIOS, Arthur. Manual de Direito Imobiliário. Curitiba: Juruá, 2007. p 129.

<sup>145</sup> MEZZARI, op cit. p. 126 – 127.

<sup>146</sup> CHALHUB. op. cit. p. 8.

<sup>147</sup> CHALHUB, Melhim. A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 7. ano 3. p. 147-183. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jun. 2016.

após o registro do memorial de incorporação na matrícula do terreno<sup>148</sup>. Ora, seria, então, a permuta de terreno por unidades incorporadas uma violação à Lei de Incorporação Imobiliária? Mais uma vez, não há consenso.

Parte da doutrina e da jurisprudência entende que só pode haver registro de permuta (ou de sua promessa) por unidades incorporadas concomitantemente ao registro do memorial de incorporação. Esse posicionamento é adotado pelo Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça de São Paulo<sup>149</sup> e parte do entendimento de que o negócio estabelecido por incorporador e terrenista determina obrigações simultâneas. O terrenista transfere o imóvel e o incorporador compromete-se a transferir parte das unidades autônomas em pagamento. Para esse posicionamento, a única forma de possibilitar que a negociação das unidades prometidas em permuta não viole a Lei de Incorporação Imobiliária é pelo registro concomitante dos dois atos<sup>150</sup>.

Para outra parte da doutrina, contudo, não há necessidade de registro concomitante. Como afirma Marcelo Terra, há, obrigatoriamente, uma relação de antecedente-consequente entre os dois registros. Necessariamente, o registro da permuta (ou de sua promessa) deverá ser anterior ao memorial e não há nenhuma exigência legal de que o segundo registro seja feito imediatamente após<sup>151</sup>. No mesmo sentido, afirma Mezzari, que entende tratar-se de liberdade negocial das partes<sup>152</sup>.

Zorzi esclarece que as previsões do art. 32 e do art. 39 da Lei de Incorporação Imobiliária têm como finalidade conferir previsibilidade aos adquirentes de unidades, mas que essa finalidade não se estende terrenista<sup>153</sup>. Esse entendimento parece se justificar frente à diferença entre terrenista e adquirentes em relação ao perfil e à capacidade negocial.

Conclusivamente, existem, em síntese, dois obstáculos registrais à permuta em sentido estrito.

O primeiro deles se apresenta somente para aqueles que entendem ser realizada uma promessa de permuta que somente se efetiva com a transferência das unidades incorporadas ao terrenista. Nesse caso, é necessário superar a objeção de que somente são registráveis os títulos expressamente previstos no rol do art. 167 da Lei de Registros Públicos. Esse obstáculo pode ser transposto pela aplicação analógica do art. 167 à promessa de permuta, em razão da

---

<sup>148</sup> TERRA, op cit. p. 11.

<sup>149</sup> SÃO PAULO. Conselho Superior Dda Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Agravo de petição 198.819. Relator: Des. José Geraldo Rodrigues. São Paulo.

<sup>150</sup> TERRA, op. cit. p. 12.

<sup>151</sup> TERRA. op. cit. p. 14.

<sup>152</sup> MEZARRI. op cit. P. 120.

<sup>153</sup> ZORZI. Op. cit. p. 91 – 92.

similitude à promessa de compra e venda. Outra alternativa é pelo afastamento por completo da natureza exaustiva da lista de títulos do art. 167, em face da interpretação sistêmica que demonstra não serem aplicáveis os princípios da tipicidade e da taxatividade aos títulos registráveis.

O segundo óbice registral é enfrentado tanto pela permuta quanto pela promessa de permuta e diz respeito ao momento de registro da operação em relação ao memorial de incorporação. Parte da doutrina entende ser obrigatório o registro concomitante do memorial e da permuta (ou de sua promessa), em face da impossibilidade de comercialização de unidades futuras antes do registro do memorial de incorporação. Outra parcela identifica que o sistema da Lei de Incorporação Imobiliária visa à proteção de adquirentes regulares de unidades em incorporação e que não há previsão legal para obrigar o registro concomitante.

### **3.1.3. Distribuição de riscos**

O art. 31 da Lei de Incorporação Imobiliária assim dispõe:

“Art. 31. A iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador, que somente poderá ser:

(...)

§ 2º Nenhuma incorporação poderá ser proposta à venda sem a indicação expressa do incorporador, devendo também seu nome permanecer indicado ostensivamente no local da construção.

§ 3º Toda e qualquer incorporação, independentemente da forma por que seja constituída, terá um ou mais incorporadores solidariamente responsáveis, ainda que em fase subordinada a período de carência, referido no art. 34.”<sup>154</sup>

O artigo aloca toda a responsabilidade pelo empreendimento ao incorporador, o qual deve ser identificado ostensivamente para possibilitar a ciência pelos adquirentes. Como esclarece Chalhoub, o incorporador é o titular e o principal beneficiário econômico do empreendimento. É ele que promove todos os atos empresariais, desde os estudos preliminares de viabilidade até a instituição do condomínio edilício<sup>155</sup>. Dessa forma, o incorporador atrai

---

<sup>154</sup> BRASIL, Lei 4.591 de 1964.

<sup>155</sup> CHALHUB, Melhim Namem. Incorporação Imobiliária. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 481.

para si a responsabilidade pelo empreendimento e a responsabilidade civil por eventuais danos<sup>156</sup>.

A alocação exclusivamente ao incorporador da responsabilidade por eventuais danos injustos decorre não só da redação do art. 31 da Lei de Incorporação Imobiliária, mas também da sistemática geral de responsabilidade civil adotada no Brasil. Não se pode esquecer, aqui, que o incorporador desenvolve atividade empresária, distintamente do terrenista que atua limitadamente para buscar um melhor aproveitamento econômico do terreno que aliena ao incorporador<sup>157</sup>. De fato, a maior proteção que a permuta em sentido estrito confere ao terrenista é fator que influencia terrenistas a buscarem essa modelagem e viabiliza a vasta adoção dessa modalidade de alienação de terrenos<sup>158</sup>.

Há, contudo, um argumento contrário à ausência de responsabilidade pelo terrenista que não pode ser ignorado.

O Código de Defesa do Consumidor (CDC) é aplicável quando há relação de consumo<sup>159</sup>. A relação de consumo, por sua vez, está presente sempre que alguém adquire um produto ou de um serviço e o retira do mercado definitivamente, sem intenção de comercializá-lo novamente ou de utilizá-lo em sua cadeia de produção<sup>160</sup>. À primeira vista, parece inegável, então, que adquirentes de unidades em incorporação são consumidores e, conseqüentemente, protegidos pelo regramento jurídico do CDC<sup>161</sup>.

Em adição, o CDC estabelece, em diversos dispositivos, que os integrantes da cadeia de produção de um produto ou serviço são solidariamente responsáveis por danos sofridos pelos consumidores<sup>162</sup>.

Tomando como hipótese que o CDC é integralmente aplicável a incorporações imobiliárias, que os membros da cadeia de produção são solidariamente responsáveis e que o terrenista integra a cadeia de produção, a conclusão correta parece ser a de que o terrenista compartilha com o incorporador a responsabilidade civil por danos sofridos pelos adquirentes.

---

<sup>156</sup> Idem.

<sup>157</sup> CHALHUB. op. cit. p. 9.

<sup>158</sup> GEARA, CARNEIRO. Op. cit. p. 75.

<sup>159</sup> SCHMITT, Cristiano Heineck. Solidariedade da empresa proprietária do imóvel face aos danos dos consumidores diante de incorporação frustrada: agravo regimental no recurso especial no 1.006.765/es. Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 240, p. 736-748, dez. 2015. p. 741.

<sup>160</sup> GRANJA, Heloisa Martins. RESPONSABILIDADE PELA ENTREGA E PELOS VÍCIOS DA COISA NA INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. 2014. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo - USP, São Paulo, 2014. p. 77.

<sup>161</sup> Ibidem. p. 79.

<sup>162</sup> SCHMITT. Op cit. p. 746.

Foi a conclusão alcançada por Schmitt ao analisar o julgamento do Agravo em Recurso Especial n. 1.006.765-ES. O autor assim afirmou:

Não pesam duvidas que, embora o contrato de incorporação não tivesse a Impracos [Terrenista] como parte, mas sim a construtora Larca, aquela auferiu vantagem econômica com a operação, dando uma nova aplicação a seus terrenos, que, ao final de tudo, restaram ainda mais valorizados, já que, de um edifício, logrou obter, no local, a construção de um shopping center. A relação contratual em que se fez presente o consumidor atraiu o status de fornecedor a Impracos, principalmente diante do seu comportamento, das operações econômicas que realizou com seus terrenos<sup>163</sup>.

Para Schmitt, ainda que não atue como incorporador, o terrenista compartilha a responsabilidade pelo empreendimento em face do benefício que observa pela própria natureza da permuta em incorporação.

Esse entendimento, contudo, não encontra muita propagação na doutrina e na jurisprudência. Isso, porque, independentemente da natureza de consumidor dos adquirentes de imóveis, a aplicação do CDC deve ser feita de forma sistêmica e não pode ignorar a incidência do Código Civil e da Lei de Incorporação Imobiliária<sup>164</sup>.

Em caso de conflitos entre o CDC e a Lei de Incorporação Imobiliária, esta prevalece por se tratar de norma mais específica<sup>165</sup>. Assim como o CDC, a Lei de Incorporação Imobiliária também visa à proteção da parte hipossuficiente em uma relação de consumo, contudo, diferentemente daquele, esta foi elaborada em atenção às especificidades da incorporação imobiliária<sup>166</sup>.

Sobre o assunto, manifesta-se Chaulhub:

(...) no que tem de específico, a Lei 4.591/1964 dever ser tomada como balizamento da interpretação, seja porque é ‘preponderante o que respeita diretamente à espécie’, seja porque o CDC não contempla normas destinadas

---

<sup>163</sup> Idem.

<sup>164</sup> GRANJA. Op. cit. p. 79.

<sup>165</sup> Ibidem. p. 81.

<sup>166</sup> Idem.



a assegurar proteção contratual e patrimonial específica à coletividade dos contratantes da incorporação imobiliária.<sup>167</sup>

No mesmo sentido já se manifestou o STJ:

Verifica-se, assim, que o Tribunal de origem foi extremamente genérico ao julgar a apelação da recorrente, sem analisar seus argumentos acerca da aplicação dos dispositivos da Lei 4.591/64 à hipótese dos autos, notadamente aqueles relativos à possibilidade de revisão do orçamento inicial da construção a preço de custo, conforme contratado entre as partes. Com efeito, ainda que fosse para refutá-los, diante da sua importância para a resolução da controvérsia, o TJ/CE deveria ter analisado os argumentos da recorrente e explicitado as razões pela quais entendeu aplicável unicamente o CDC em detrimento dos dispositivos específicos da Lei 4.591/64<sup>168</sup>.

Nota-se que o que se defende não é a absoluta não incidência do CDC para incorporações imobiliárias, mas sim a sua aplicação com base em uma interpretação sistemática com as demais normas do ordenamento jurídico<sup>169</sup>. Assim, em caso de conflito entre o CDC e a Lei de Incorporação Imobiliária, deve prevalecer o disposto na Lei de Incorporação Imobiliária.

A responsabilidade solidária do terrenista por danos sofridos pelos adquirentes é precisamente caso de conflito em que deve prevalecer a disposição específica do art. 31 da Lei de Incorporação Imobiliária.

Esse entendimento também se apresenta na jurisprudência em casos que tratam especificamente da possibilidade de responsabilização do terrenista. Assim se manifestou o STJ no Recurso Especial n. 686.198 – RJ:

DIREITO CIVIL. INCORPORAÇÃO. PERMUTA NO LOCAL. PROPRIETÁRIO DO TERRENO E CONDÔMINOS. EQUIPARAÇÃO. RESCISÃO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO. INDENIZAÇÃO.

---

<sup>167</sup> CHALHUB. op cit. p. 354.

<sup>168</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 1.151.728 - CE. Relator: Min. Nancy Andrighi.

<sup>169</sup> CHALHUB. op. cit. p. 353.

#### LIMITES. VANTAGEM FINANCEIRA AUFERIDA PELO PROPRIETÁRIO DO TERRENO.

Nem sempre o proprietário do terreno incorporado participa ativamente da incorporação, como incorporador. Este, não raro, firma compromisso de compra e venda com o proprietário do imóvel, assumindo a obrigação de efetuar o pagamento do preço, no todo ou em parte, com unidades do empreendimento, modalidade que encontra previsão no art. 39 da Lei no 4.591/64 e que é denominada de “permuta no local”.

Nessa circunstancia, o proprietário do terreno assumirá o status jurídico de mero condômino, em igualdade de condições com qualquer outro adquirente de unidades da incorporação. A figura do proprietário do terreno se equipara à do consumidor, nos termos do art. 2º do CDC, tendo o incorporador como fornecedor. O dono do imóvel só difere dos demais adquirentes porque paga sua unidade autônoma com o próprio terreno no qual foi erguido o empreendimento, mas tal circunstância não tem o condão de desvirtuar a relação de consumo.

A natureza da relação entre o proprietário do terreno e os demais adquirentes, contudo, não é de consumo, mas civil, tanto na conclusão regular do empreendimento – quando serão todos condôminos – quanto na rescisão do contrato de alienação do terreno – hipótese em que surgirá para o seu proprietário uma obrigação de reparação civil, visando a evitar o seu enriquecimento sem causa.

O dever de indenização previsto no art. 40 da Lei no 4.591/64 deve limitar-se à vantagem financeira auferida pelo proprietário do terreno, a qual não se confunde com o valor integral pago pelos demais adquirentes à incorporadora. Na prática, considerando que todas as unidades do empreendimento sejam de igual valor, deve se apurar o custo total da edificação, dividindo-o pelo número total de adquirentes, excluído o proprietário do terreno. O resultado encontrado corresponderá ao valor da parcela de construção adicionado à unidade por cada adquirente.

Recurso especial não conhecido.

Dessa decisão se pode extrair algumas informações relevantes.

Em primeiro lugar, na ementa se reconhece que o negócio jurídico descrito pelo art. 39 da Lei de Incorporação Imobiliária e caracterizado pela permuta de terreno por unidades incorporadas pode ser operacionalizado por contrato de compra e venda. Essa questão será analisada na subseção seguinte.

Em segundo lugar, e em atenção à discussão que se apresenta agora, o acórdão reconheceu que, em regra, não há relação de consumo entre terrenista e adquirentes.

Em terceiro lugar, o acórdão estabelece não só que não há relação de consumo entre terrenista e adquirentes, mas também que o terrenista é um adquirente como os demais, diferenciando-se dos demais somente pela forma de pagamento pelas suas unidades.

Por último, entretanto, o acórdão indica que é possível que o terrenista seja solidariamente responsável ao afirmar que “nem sempre o proprietário do terreno incorporado participa ativamente da incorporação”<sup>170</sup>. Assim, caso o terrenista participe ativamente da atividade empresarial e atue como incorporador, atrai para si as responsabilidades de um incorporador.

Essa hipótese é precisamente o que ocorreu no Agravo em Recurso Especial n. 1.006.765-ES que foi analisado por Schmitt. Como expressou a Ministra Nancy Andrighi em voto-vista:

“02. Em outras palavras, a Impracos sustenta não compor a relação de consumo estabelecida entre a Larca e os recorridos. Aduz ter apenas e tão somente vendido os lotes para construção do prédio, tendo a Larca assumido a obrigação de efetuar o respectivo pagamento em unidades do próprio empreendimento, modalidade de negócio denominada permuta no local, prevista no art. 39 da Lei n. 4.591/1964.

03. Nessa circunstância, o proprietário do terreno assume o status jurídico de mero condômino, em igualdade de condições com qualquer outro adquirente de unidades da incorporação, equiparando-se à figura de consumidor, nos termos do art. 2º do CDC.

04. Entretanto, compulsando o acórdão recorrido, verifica-se que, lastreado no substrato fático-probatório dos autos, o TJ-ES concluiu ter a Impracos integrado a cadeia de fornecimento do produto, impondo-lhe, por conseguinte, a responsabilidade solidária pelos danos suportados aos recorridos.

---

<sup>170</sup> Idem.

05. É bem verdade que o TJ-ES não deixa claro qual foi exatamente o papel da Impracos no empreendimento – limitando-se a afirmar que “disputas teóricas como a de se saber a qual das demandadas pertenceria no caso vertente o título de incorporadora (se à Impracos ou à Larca) não afetam absolutamente o sentido da responsabilidade solidária que entre ambas é estabelecida pelo regime jurídico de proteção e defesa do consumidor” (fl. 43, e-STJ) – mas, a despeito disso, o Tribunal Estadual foi categórico quanto ao fato de a imobiliária ter efetivamente participado do negócio na condição de fornecedora.”<sup>171</sup>

Como destaca o voto transcrito, a responsabilização do terrenista não decorreu de sua posição como terresnita, mas sim de sua atuação como incorporador a despeito de sua posição como terrenista.

Em outro precedente, o STJ realizou explicitamente a distinção entre o caso em julgamento e o Recurso Especial n. 686.198 – RJ para indicar que o terrenista somente pode ser responsabilizado se atuar como incorporador:

“4. O art. 31 da Lei n. 4.591/1964 é expresso que a iniciativa e a responsabilidade das incorporações imobiliárias caberão ao incorporador. Nesse passo, bem pondera e adverte a uníssona e abalizada doutrina especializada que, em vista da grande importância econômico-social da incorporação, a lei pretendeu abrir oportunidade a que terceiros ligados ao exercício da atividade pudessem desempenhar-se da incorporação, sem o investimento na compra do terreno, ao mesmo tempo em que visou incentivar os proprietários de áreas edificáveis a que permitissem a realização de um empreendimento sem assumir as inúmeras responsabilidades das incorporações.

(...)

7. No caso, conforme apurado pelas instâncias ordinárias e invocado como fundamento autônomo que merece ser confirmado, a recorrente Carvalho Hosken, no negócio jurídico celebrado entre a Encol e os adquirentes das unidades ideais do empreendimento, tem legitimidade passiva para responder

---

<sup>171</sup>BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 1.006.765-ES. Relator: Min. Ricardo Villas Boas Cueva.

pela resolução contratual, pois não assumiu postura passiva de simples proprietária do terreno. E que, figurando efetivamente como incorporadora, promoveu oferta publicitária desde o lançamento do empreendimento ‘Rio 2’, vinculando imprudentemente a ele sua imagem e seu prestígio.”<sup>172</sup>

Assim, há bastante solidez acerca da ausência de responsabilidade civil de terrenista em caso de permuta em sentido estrito, desde que o terrenista não atue como incorporador e mantenha sua postura passiva durante o empreendimento.

Ademais da possibilidade de responsabilização civil, há outra situação que merece exame para se analisar a distribuição dos riscos na permuta em sentido estrito.

Como visto nas seções anteriores deste trabalho, é comum que o incorporador tome crédito perante instituição financeira para auxiliar no financiamento da incorporação<sup>173</sup>. Nestes casos, em regra, a instituição financeira exige que o terreno onde será erguida a incorporação seja dado em hipoteca em garantia pelo crédito fornecido<sup>174</sup>. Uma vez concluída a incorporação, com a especificação das matrículas das unidades autônomas e instituição do condomínio, a hipoteca é automaticamente transmitida às unidades, nos termos do art. 1.488<sup>175</sup> do Código Civil.

Ocorre que se tornaram frequentes situações em que incorporador inadimpliu a obrigação de quitar o crédito tomado com a instituição financeira, o que resultou na execução das hipotecas e consequente adjudicação das unidades adquiridas<sup>176</sup>. Ainda que houvessem quitado completamente o pagamento do preço para aquisição do imóvel os adquirentes, partes hipossuficientes e alheias ao vínculo entre incorporador e instituição financeira, perdiam suas unidades e viam-se obrigados a buscar ressarcimento perante o incorporador que, muitas vezes estava em processo de falência<sup>177</sup>. Em face dessa situação, o STJ editou a Súmula 308, a qual afasta eficácia firmada entre a incorporadora e o adquirente de unidade incorporada<sup>178</sup>.

<sup>172</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.360.269 – RJ. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão.

<sup>173</sup> LIMA. Op. cit. p. 76.

<sup>174</sup> CHALHUB. op. cit. p. 257.

<sup>175</sup> “Art. 1.488. Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito.”

<sup>176</sup> MAIA, Roberta Mauro Medina. A súmula nº 308 do stj e o permutante de terreno: análise do resp nº 1.432.693/sp. *Revista Brasileira de Direito Civil*, São Paulo, v. 165, p. 165-185, dez. 2017. p. 169.

<sup>177</sup> Idem.

<sup>178</sup> “Súmula 308: A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula 308, Segunda Seção. Diário de Justiça. 25/04/2005.

Resta saber, então, se, no caso de permuta em sentido estrito o terrenista pode alegar a incidência da Súmula 308 para afastar a eficácia de hipoteca incidente sobre as unidades por ele adquiridas.

Por um lado, como demonstrado acima, a jurisprudência é pacífica acerca da equiparação dos terrenista aos demais adquirentes, caso não atue como incorporador<sup>179</sup>. Com base nesse entendimento, a resposta parece ser clara: aplica-se a súmula 308 e afasta-se a hipoteca.

Por outro lado, contudo, não se pode ignorar que a Súmula 308 foi editada com base em casos bastante distintos da situação de um terrenista. A análise dos acórdãos que deram ensejo à Súmula demonstra que eles tratavam exclusivamente de contratos firmados no âmbito do Sistema Financeiro de Habitação (SFH)<sup>180</sup>. De fato, muitos deles apontaram explicitamente a importância de se manter a eficácia da hipoteca em casos distintos<sup>181</sup>.

A análise da jurisprudência do STJ acerca da aplicação da súmula demonstra que, independentemente de seu contexto de origem, a hipoteca pode ser afastada mesmo em casos em que não há financiamento pelo SFH<sup>182</sup>. Ainda assim, essa aplicação não ocorre de forma indistinta. A restrição mais comum é em relação a unidades comerciais em que, independentemente da posição de hipossuficiência do adquirente, não se afasta a hipoteca<sup>183</sup>.

O acórdão proferido, em 2008, nos autos do Recurso Especial n. 953.510 – PR parece esclarecer o limite da extensão de aplicabilidade da súmula:

“Segundo o enunciado da Súmula no 308 do Superior Tribunal de Justiça ‘a hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel’.

Aqui, discute-se se tal entendimento também é aplicável à hipoteca que recai sobre imóvel cuja aquisição não esteja vinculada ao Sistema Financeiro da Habitação.

---

<sup>179</sup> Vide BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 686.198 – RJ. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito e BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.360.269 – RJ. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão.

<sup>180</sup> MAIA. Op. cit. P. 177.

<sup>181</sup> Idem.

<sup>182</sup> SOUZA, Thiago Guntzel de. Incorporação imobiliária, hipoteca e a Súmula no 308 do Superior Tribunal de Justiça no contexto do novo paradigma dos contratos. 2014. 122 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade de Brasília - Unb, Brasília, 2014. p. 100

<sup>183</sup> Idem.

Salvo melhor juízo, sim.

Os precedentes que deram origem à Súmula no 308 deixam claro que a relativização da hipoteca teve por fim resguardar a "função social da casa própria, moradia" (REsp no 578.981, GO, Relator para o acórdão o eminente Ministro Castro Filho, publicado no DJ de 27.06.2005).

Sendo assim, a sua incidência está limitada tão-só pela natureza residencial do imóvel, que não precisa ter sido adquirido com recursos oriundos do Sistema Financeiro da Habitação.”<sup>184</sup>

O acórdão indica que o fator que atrai a aplicação da súmula é destinação da unidade incorporada para moradia do adquirente independentemente da vinculação ao SFH.

Como analisado na segunda seção deste trabalho, em regra, o terrenista adota a permuta em sentido estrito como forma de maximizar o preço de alienação do terreno. É dizer, o terrenista não busca habitar as unidades que receber em permuta, mas sim aliená-las para terceiros<sup>185</sup>. Com base nessa análise parece não ser aplicável a súmula 308 em proteção a terrenistas.

Esse entendimento, no entanto, não se confirmou quando o STJ analisou, em 2015, a questão ao julgar o REsp. n. 1.216.853 – PR:

“4. O permutante que troca o terreno por unidades imobiliárias do empreendimento a ser construído também se enquadra no conceito de adquirente do imóvel para fins de aplicação da Súmula 308/STJ.

5. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro não tem eficácia para com aqueles que adquiriram unidades imobiliárias por meio de contrato de permuta.”<sup>186</sup>

Assim, parece haver bastante segurança de que não possui eficácia a hipoteca incidente sobre unidade adquirida por terrenista por meio de permuta em sentido estrito. O acórdão que atestou esse posicionamento, contudo, contraria o posicionamento mais amplo do STJ de que a

---

<sup>184</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 953510-PR. Relator: Min. Ari Pargendler.

<sup>185</sup> GEARA, CARNEIRO. Op. cit. p. 67.

<sup>186</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.216.853 – PR. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão.

súmula deve ser aplicada com vistas ao direito de moradia do adquirente. Como, todavia, não existem muitas decisões sobre o assunto, não se pode afastar eventual mudança de entendimento da corte em julgamentos futuros acerca da incidência da súmula 308 para terrenistas.

Nesse sentido, decisão recente do TJSP apresenta potencial divergência:

Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de concessão de efeito ativo, interposto contra decisão que indeferiu a antecipação de tutela, consistente no levantamento da hipoteca constituída sobre as unidades imobiliárias pertencentes à autora.

Alega a agravante que formalizou com a construtora ré, em 1º de março de 2013, contrato particular de promessa de permuta e incorporação imobiliária, por meio da qual concedeu um terreno à agravada em troca de 45 unidades residenciais (...). Todavia, há gravame hipotecário inscrito sobre os bens, em favor do Banco do Brasil, em decorrência do mútuo tomado pela incorporadora para construção do empreendimento. A hipoteca, todavia, não pode prejudicar o direito da recorrente de livre dispor dos imóveis, sendo caso de incidência da súmula 308 do STJ, com determinação do levantamento do gravame.

É o relatório.

É certo que, nos termos da Súmula 308 do C. Superior Tribunal de Justiça, a hipoteca constituída pela incorporadora com a instituição financeira, para garantia do empreendimento, é ineficaz perante o adquirente.

No caso concreto, todavia, não se evidenciam as mesmas circunstâncias que informaram os precedentes do qual decorreu o enunciado sumular. Não se pode inferir a qualidade de consumidora da agravante, que não é destinatária final das unidades imobiliárias adquiridas, e cujo objeto social se relaciona a “empreendimentos imobiliários, construções, incorporações, administração de bens próprios, participações, compra, venda e locação de imóveis” (fl. 27, na origem).



Dadas as peculiaridades do caso concreto que, ademais, envolve numerosas unidades, não se justificava mesmo o deferimento da medida “inaudita altera parte”, sem a ouvida da parte contrária, em especial do credor hipotecário.<sup>187</sup>

Em que pese tratar-se de julgamento de pedido de medida cautelar, a decisão aponta entendimento diametralmente oposto ao disposto pelo STJ no julgamento do REsp. n. 1.216.853 – PR. O entendimento adotado pelo relator indica que o terrenista não pode ser beneficiado pela súmula exatamente, porque não se trata de proteção ao direito de moradia.

Em síntese, em relação à distribuição de riscos, identifica-se que a permuta em sentido estrito aloca todos os riscos ao incorporador e é bastante segura para o terrenista. Em relação especificamente à responsabilidade civil, a possibilidade de responsabilização do terreste é restrita somente a casos em que este atuar como incorporador. Em relação a hipotecas incidentes sobre as unidades permutadas, há acórdão do STJ que aponta afastamento da eficácia com base na súmula 308 do mesmo tribunal, contudo, não se pode ignorar a possibilidade de mudança do entendimento jurisprudencial.

### 3.2. Compra e venda com dação em pagamento

Como demonstrado na subseção anterior, o negócio jurídico previsto pelo art. 39 da Lei de Incorporação Imobiliária e que descreve a alienação do terreno em troca de unidades a serem nele incorporadas é uma permuta<sup>188</sup>.

Ainda assim, é prática comum no mercado imobiliário que terrenista e incorporador adotem procedimento distinto<sup>189</sup>. Por esse formato, incorporador e terrenista celebram escritura de compra e venda do terreno com pagamento imediato do preço por notas promissórias em caráter *pro soluto*<sup>190</sup>. O título *pro soluto* caracteriza pagamento definitivo do preço, ou seja, ainda que o devedor não venha a cumprir a obrigação nele descrita, o credor não pode alegar descumprimento contratual para resolver o contrato<sup>191</sup>. Assim, o terreno é transferido ao incorporador com plena, geral e irrevogável quitação<sup>192</sup>.

---

<sup>187</sup> SÃO PAULO. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 6ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento n. 2222606-43.2019.8.26.0000, Relator: Des. Marcus Vinicius Rios Gonçalves

<sup>188</sup> TERRA. Op. cit. p. 69.

<sup>189</sup> TERRA. Op. cit. p. 14.

<sup>190</sup> ZORZI. Op cit. p. 41.

<sup>191</sup> RIZZARDO, Arnaldo. Contratos. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.285.

<sup>192</sup> ZORZI. Op cit. p. 41.

No entanto, as notas promissórias nunca são efetivamente executadas. Isso, porque, no mesmo ato, as partes celebram termo de confissão de dívida, pelo qual o Incorporador confessa dever os valores descritos nas notas promissórias e promete quitá-lo por meio de dação em pagamento de unidades incorporadas no próprio terreno<sup>193</sup>.

### 3.2.1. Natureza jurídica

A dação em pagamento<sup>194</sup> é mecanismo por meio do qual as partes acordam em substituir uma obrigação pré-existente por prestação distinta, a qual comumente é a transferência de um bem de propriedade do devedor<sup>195</sup>. A característica distintiva desse instituto é a existência prévia de uma obrigação descumprida<sup>196</sup>. Ou seja, para que haja dação em pagamento necessariamente existe mais de um acordo de vontades<sup>197</sup>.

No negócio jurídico efetivamente realizado entre incorporador e terrenista, desde o princípio, a intenção é de que o pagamento pelo terreno seja feito mediante a transferência de unidades incorporadas. Assim, a despeito da formatação jurídica adotada pelas partes, o contrato estabelecido entre as partes é o de permuta<sup>198</sup>, tal como na permuta em sentido estrito.

É como esclarece Mezzari de forma sucinta:

“Há quem prefira celebrar esse contrato como sendo de compra e venda com promessa de dação em pagamento de unidade futura. [...] Vejamos: ao prever que o pagamento se dará mediante dação em pagamento de um determinado bem futuro, está sendo descumprido o conceito de contrato de compra e venda, pois falta o preço em dinheiro (que seria fixado apenas simbolicamente, o que desvirtua o pacto em si); e está-se ferindo o contrato de dação em pagamento,

<sup>193</sup> ZORZI. Op cit. p. 41.

<sup>194</sup> “Art. 356. O credor pode consentir em receber prestação diversa da que lhe é devida.

Art. 357. Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda.

Art. 358. Se for título de crédito a coisa dada em pagamento, a transferência importará em cessão.

Art. 359. Se o credor for evicto da coisa recebida em pagamento, restabelecer-se-á a obrigação primitiva, ficando sem efeito a quitação dada, ressalvados os direitos de terceiros.”

<sup>195</sup> COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de direito civil: volume 2 : obrigações. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 290.

<sup>196</sup> COELHO. Op. cit. p. 291.

<sup>197</sup> TERRA. Op. cit. p. 69. P. 4..

<sup>198</sup> ZORZI, op cit. p. 43.

que funciona como substitutivo de uma obrigação contratada em dinheiro e não pode ser cumprida.”<sup>199</sup>

Não é sem razão que, como já se afirmou anteriormente, não parece haver grande divergência a respeito da natureza de permuta da operação em questão, não obstante a forma adotada.

### 3.2.2. Aspectos Registrais

A adoção de uma estrutura jurídica incompatível com a efetiva intenção das partes para efetivar a permuta descrita no art. 39 da Lei de Incorporação Imobiliária decorre de óbices práticos que estimularam os atores do mercado de incorporação a buscar uma solução mais adequada<sup>200</sup>.

Como analisado na subseção anterior, todavia subsistem dificuldades acerca da registrabilidade de permuta de terreno por unidades incorporadas.

No caso de título de permuta efetiva, essa resistência se limita à frequente exigência de registro concomitante ao memorial de incorporação<sup>201</sup>. Como analisado anteriormente, o memorial de incorporação é constituído de uma série de documentos como pelo projeto de construção previamente aprovado pela autoridade local<sup>202</sup>. Nem sempre, contudo, incorporador dispõe de todos os documentos necessários no momento de aquisição do terreno, o que gera uma dificuldade operacional indesejada<sup>203</sup>.

Quando se entende que se trata de promessa de permuta, a dificuldade é ainda maior. Isso, porque muitos entendem não ser registrável o título de promessa de permuta em face de sua ausência na lista do art. 167 da Lei de Registros Públicos<sup>204</sup>. Esse posicionamento é bastante criticado pela doutrina moderna<sup>205</sup>, mas, todavia, encontra respaldo jurisprudencial relevante<sup>206</sup>.

---

<sup>199</sup> MEZZARI, op cit. p. 118.

<sup>200</sup> ZORZI, op cit. p. 32 - 33.

<sup>201</sup> TERRA, op. cit. p. 12.

<sup>202</sup> “Art. 32. O incorporador somente poderá negociar sobre unidades autônomas após ter arquivado, no cartório competente de Registro de Imóveis, os seguintes documentos:

(...)

d) projeto de construção devidamente aprovado pelas autoridades competentes;” BRASIL. Lei 4.591 de 1964.

<sup>203</sup> ZORZI, op cit. p. 50.

<sup>204</sup> DANGOT. Op. cit. p. 88.

<sup>205</sup> Vide posicionamentos apontados na subseção “4.1.2 – Aspectos registraes”

<sup>206</sup> SÃO PAULO. Conselho Superior Dda Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. Apelação nº 1099413-38.2015.8.26.0100. Relator: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças. São Paulo.

O registro da compra e venda de terreno com pagamento com notas promissórias em caráter *pro soluto*, em contraponto ocorre com facilidade, pois, formalmente, o negócio jurídico estabelecido entre as partes apresenta-se como compra e venda independente, perfeita e acabada<sup>207</sup>. Assim, o incorporador esquia-se das dificuldades registrais sem a necessidade de enfrentar o embate jurídico em torno da permuta em sentido estrito.

A posterior substituição da nota promissória por promessa de dação em pagamento de unidades futuras, de outro modo, também enfrenta dificuldades registrais. Assim como a promessa de permuta, a promessa de dação em pagamento não está prevista no rol do art. 167 da Lei de Registros Públicos<sup>208</sup>. É como se observa no excerto do julgado a seguir:

“Não há previsão legal que determine tal registro (Lei de Registros Públicos - art. 167), e este pré-contrato ou promessa de dação em pagamento, não tem o mesmo sentido da PROMESSA DE COMPRA E VENDA, e tal distanciamento se mostra muito claro no próprio CONTRATO objeto da dúvida. A 'promessa de dação' não corresponde a uma 'promessa de compra', mas funciona como 'garantia' ao cumprimento da 'dívida confessada'.

Portanto, seja por sua denominação, seja por seu conteúdo, a 'promessa de dação' não pode conquistar acesso registral, a não ser nos Cartórios de Títulos e Documentos.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE A DÚVIDA. Cumpra-se o disposto no art. 203, da Lei de Registros Públicos.”<sup>209</sup>

O voto é categórico acerca da impossibilidade de registro de dação em pagamento, em face da ausência de previsão legal do título no art. 167 da Lei de Registros Públicos. É relevante notar que, tal como a permuta, a dação em pagamento também atrai o regime jurídico da compra e venda<sup>210</sup>, conforme previsão legal explícita. Independentemente disso, o registro é negado com base no entendimento de taxatividade do art. 167 da Lei de Registros Públicos.

---

<sup>207</sup> ZORZI. Op cit. p. 41.

<sup>208</sup> MEZZARI, op. cit. p. 130.

<sup>209</sup> SÃO PAULO. 1a Vara de Registros Públicos de São Paulo. Dúvida 000.05.043522-1. Relator: Juiz Venício Antonio de Paula Salles.

<sup>210</sup> “Art. 357. Determinado o preço da coisa dada em pagamento, as relações entre as partes regular-se-ão pelas normas do contrato de compra e venda.”

Em outro julgado, tratou-se especificamente da mesma situação que se estuda nesta subseção:

“Por meio da escritura pública de compra e venda lavrada em 03.05.93, nas notas do 1º Tabelião de Notas de Campinas, Athol Campinas Construção Civil Ltda. adquiriu de Nelson Alite Junior o imóvel descrito na matrícula no 64.251, do 2o Registro de Imóveis de Campinas (v. R. 01 - fl. 11).

Em 05.04.94, a proprietária Athol Campinas Construção Civil Ltda. registrou a incorporação denominada "Condomínio Residencial Rio Tocantins". (R.02 - fls. 11/13v).

Em 30.01.14, o Condomínio Residencial Rio Tocantins apresentou para registro a escritura pública de confissão de dívida, promessa de dação em pagamento e outras avenças, lavrada em 03.05.1993 nas notas do 1o Tabelião de Campinas, por meio da qual Athol, devedora e promitente, declara que tornou devedora de Nelson Alite Junior, credor e promissário, do valor de Cr\$ 1084.833.097,00 em razão do preço da compra e venda do imóvel registrado sob o número 01, da matrícula no 64251, do 2o Registro de Imóveis de Campinas.

O título recusado, depois de fazer referência à origem do débito (venda do imóvel), traz a seguinte informação:

‘embora o preço da venda declarado naquela escritura acima referida tenha constatado como pago, na realidade tal preço é representado por obrigações várias, conforme convencionaram em contrato particular celebrado em 20 de março de 1991, cuja liquidação dar-se-á mediante DAÇÃO EM PAGAMENTO, que ela outorgante obriga-se a fazer ao outorgado das unidades que corresponderão a apartamentos e vagas de estacionamento a serem designados pela outorgante no empreendimento denominado por RESIDENCIAL RIO TOCANTINS, e que corresponde a 19% (dezenove por cento) da área de terreno acima mencionado’.

(...)

Como se vê, o título, na forma em que constituído, não poderia mesmo ter acesso ao registro de imóveis”<sup>211</sup>

---

<sup>211</sup> SÃO PAULO. Conselho superior da Magistratura de São Paulo. Apelação n. 0006016-31.2014.8.26.0114. Relator: Juiz Elliot Akel.

Nesse caso, a operação realizada entre terrenista e incorporador foi exatamente a descrita nesta subseção. Em contrato privado, as partes acordaram a troca do terreno por unidades futuras nele incorporadas. Ao operacionalizarem o negócio, o terreno foi alienado mediante título de compra e venda com reconhecimento de quitação do preço e, posteriormente, o pagamento foi substituído pela promessa de dação em pagamento de unidades incorporadas. Em que pese a dúvida ter sido julgada prejudicada em razão de vícios indiferentes para este trabalho, o relator manifestou-se pela irregistrabilidade do título.

Conclusivamente, como consequência dessa estrutura, o terreno é alienado ao incorporador que o recebe integralmente livre de ônus<sup>212</sup>. O terrenista, por sua vez, remanesce com um título de promessa de dação em pagamento, mas sem direito real de aquisição das unidades prometidas, em face da ausência de registro.

### **3.2.3. Distribuição de riscos**

Em relação à responsabilidade civil, a distribuição de risco entre terrenista e incorporador é a mesma independentemente da estrutura que se adote para operacionalizar a permuta.

Como vimos, o negócio jurídico descrito pelo art. 39 da Lei de Incorporação Imobiliária e caracterizado pela troca de terreno por unidades nele incorporadas é permuta<sup>213</sup> e isso não se altera pela estrutura adotada pelas partes<sup>214</sup>. Essa equivalência não passa despercebida pela jurisprudência que trata da jurisprudência que trata da ausência de responsabilidade do terrenista. Nesse sentido, foi definido no acórdão de julgamento do Recurso Especial n. 686.198 – RJ, já transcrito na subseção 4.1.3 deste trabalho. Para fins de clareza reiteramos somente a parte de relevo para a discussão que se apresenta agora:

“DIREITO CIVIL. INCORPORAÇÃO. PERMUTA NO LOCAL. PROPRIETÁRIO DO TERRENO E CONDÔMINOS. EQUIPARAÇÃO. RESCISÃO DO CONTRATO DE ALIENAÇÃO. INDENIZAÇÃO. LIMITES. VANTAGEM FINANCEIRA AUFERIDA PELO PROPRIETÁRIO DO TERRENO.

---

<sup>212</sup> ZORZI, op. cit. p. 43.

<sup>213</sup> TERRA. Op. cit. p. 7 do PDF.

<sup>214</sup> ZORZI. Op. cit. p. 43.

Nem sempre o proprietário do terreno incorporado participa ativamente da incorporação, como incorporador. Este, não raro, firma compromisso de compra e venda com o proprietário do imóvel, assumindo a obrigação de efetuar o pagamento do preço, no todo ou em parte, com unidades do empreendimento, modalidade que encontra previsão no art. 39 da Lei no 4.591/64 e que é denominada de ‘permuta no local’.”<sup>215</sup>

O acórdão identifica explicitamente como “permuta no local” a operação realizada, independentemente da estrutura adotada pelas partes e mantém o posicionamento de que a responsabilidade é exclusivamente do incorporador. A análise de outros julgados indica que raramente é analisada a estrutura adotada pelas partes e que frequentemente utiliza-se o acórdão transcrito acima como indicativo de jurisprudência para afastar a responsabilidade civil do terrenista<sup>216</sup>.

De fato, as razões para que o terrenista não seja responsabilizado civilmente não se alteram independentemente da estrutura utilizada para alienar o terreno. Em suma, as razões para que o terrenista não seja responsabilizado, tanto em caso de permuta em sentido estrito, quanto em caso compra e venda com dação em pagamento são as seguintes: (i) o art. 31 da Lei de Incorporação Imobiliária prevê responsabilidade exclusiva do incorporador<sup>217</sup>; (ii) o incorporador é o único cuja atividade empresarial possui os riscos intrínsecos da incorporação imobiliária<sup>218</sup>; e (iii) há prevalência da Lei de Incorporação Imobiliária sobre o Código de Defesa do Consumidor, por se tratar de lei específica<sup>219</sup>.

Em relação à hipoteca incidente sobre o terreno em incorporação a situação não é tão clara.

Repise-se que, recorrentemente, o incorporador toma crédito perante instituição financeira para tornar viável o empreendimento e que esse crédito, em regra, é garantido por hipoteca incidente sobre o terreno<sup>220</sup>. Com a conclusão das obras, individualização das unidades e instituição do condomínio, essa hipoteca passa a incidir sobre as unidades autônomas originárias do terreno<sup>221</sup>.

<sup>215</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. Recurso Especial nº 686.198 – RJ. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

<sup>216</sup> Nesse sentido foram decididos os seguintes casos: REsp. n. 879.548 – SP; REsp n. 489.281 – SP; Apc. n. 2015.000.06.948-81(TJSP); e Apc n. 2015.0000.82.54-18 (TJSP).

<sup>217</sup> CHALHUB. op. cit. p. 481.

<sup>218</sup> CHALHUB. op. cit. p. 9.

<sup>219</sup> GRANJA. Op. cit. p. 81.

<sup>220</sup> LIMA. op. cit. p. 76.

<sup>221</sup> “Art. 1.488. Se o imóvel, dado em garantia hipotecária, vier a ser loteado, ou se nele se constituir condomínio edilício, poderá o ônus ser dividido, gravando cada lote ou unidade autônoma, se o requererem ao juiz o credor, o

Tornaram-se recorrentes, assim, casos em que o incorporador não foi capaz de quitar o débito perante a instituição financeira, o que resultava na execução da hipoteca e, conseqüentemente, na adjudicação de unidade já alienada para um adquirente<sup>222</sup>. Em face dessa situação, o STJ editou a súmula 308, a qual afastou a eficácia de hipoteca firmada entre incorporador e instituição financeira e incidente sobre unidade alienada para adquirente<sup>223</sup>.

Em relação ao enquadramento de terrenista como adquirente beneficiado pela súmula 308, o único acórdão já proferido pelo STJ é referente ao REsp. n. 1.216.853 – PR. Na ementa do acórdão ficou assim expresso:

“4. O permutante que troca o terreno por unidades imobiliárias do empreendimento a ser construído também se enquadra no conceito de adquirente do imóvel para fins de aplicação da Súmula 308/STJ.

5. A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro não tem eficácia para com aqueles que adquiriram unidades imobiliárias por meio de contrato de permuta.

6. No caso ora em exame, no entanto, a tese não pode ser aplicada, pois de acordo com a moldura fática trazida pelas instâncias ordinárias, os recorrentes, na específica hipótese dos autos, não podem ser considerados terceiros adquirentes para se valer do enunciado da Súmula 308/STJ, porquanto houve venda posterior do terreno à construtora.”<sup>224</sup>

No acórdão, a Quarta Turma do STJ reconheceu, em abstrato, a possibilidade de que terrenistas fossem beneficiados pela súmula 308, contudo, ao analisar as circunstâncias do caso específico, entendeu que não seria possível o afastamento da eficácia da hipoteca. O caso concreto analisado pela corte é assim descrito no voto relator:

“(...) os recorrentes afirmam que celebraram contrato de permuta com a recorrida Construtil - Construções e Empreendimentos Ltda., em 20/6/1996,

---

devedor ou os donos, obedecida a proporção entre o valor de cada um deles e o crédito.” BRASIL. Lei nº 10.406, 2002.

<sup>222</sup> MAIA, op. cit. p. 169.

<sup>223</sup> “Súmula 308: A hipoteca firmada entre a construtora e o agente financeiro, anterior ou posterior à celebração da promessa de compra e venda, não tem eficácia perante os adquirentes do imóvel.” BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (STJ). Súmula 308, Segunda Seção. Diário de Justiça. 25/04/2005.

<sup>224</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.216.853 – PR. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão.



entregando-lhe um terreno em troca de 3 (três) unidades imobiliárias. Todavia, também explicitam que, em 1/4/1997, celebraram contrato de compra e venda do imóvel que havia sido objeto da permuta.

De acordo com a sentença (fls. 372-382), na escritura pública de compra e venda consta que ajustaram o preço do imóvel em R\$ 31.552,00 (trinta e um mil e quinhentos e cinquenta e dois reais), ocasião em que confessaram ter recebido o valor integral da avença em moeda corrente nacional.

Na inicial, destacam que "esse procedimento foi adotado pelos autores única e exclusivamente para beneficiar a construtora, pois para registrar a incorporação imobiliária é necessária a inexistência de ônus sobre o imóvel. Então, se o contrato de permuta fosse registrado, não seria possível a realização do empreendimento, pois o mesmo configuraria ônus" (fl. 16).

Ora, duas circunstâncias se afiguram relevantes: as partes inicialmente celebram a permuta e, em seguida, com o objetivo de permitir que a construtora realizasse o registro da incorporação imobiliária e o contrato de mútuo para financiamento do empreendimento, pactuaram a compra e venda do imóvel anteriormente trocado.”<sup>225</sup>

A situação descrita pelo relator em muito se aproxima da permuta por compra e venda com dação em pagamento relatada pela doutrina. As partes firmaram contrato particular de permuta do terreno por unidades nele incorporadas. Para transferir a propriedade do terreno, no entanto, utilizaram escritura de compra e venda com quitação do preço pelo incorporador. Em instrumento privado, o incorporador prometeu dar em pagamento ao terrenista unidades incorporadas.

De fato, a única distinção é que, pelo modelo comumente descrito pela doutrina, as partes atestam na escritura de compra e venda que o preço foi pago com notas promissórias<sup>226</sup> em caráter *pro soluto* e não em pecúnia, como no caso julgado.

No voto, o relator identificou que o terrenista não poderia se beneficiar da súmula 308, pois agiu de má-fé perante a instituição financeira. Isso, porque ao transferir o terreno ao

---

<sup>225</sup> Idem.

<sup>226</sup> ZORZI. Op cit. p. 41.

incorporador por escritura de compra e venda com quitação das obrigações do incorporador, omitiu da instituição financeira a promessa de permuta das unidades incorporadas<sup>227</sup>.

Em que pese a distinção do modo de pagamento declarado – pecúnia e não notas promissórias – parece igualmente não ser possível o afastamento da súmula 308 no caso de permuta por compra e venda com dação em pagamento analisada nesta subseção.

De fato, a doutrina aponta que uma importante razão para a adoção do modelo de compra e venda com dação em pagamento é exatamente a transferência do terreno livre de ônus para o incorporador para possibilitar que o imóvel seja dado em hipoteca como garantia<sup>228</sup>. Assim explica Samantha Dangot:

Isto porque, na prática, para atender as exigências burocráticas e comerciais do mercado imobiliário, é recomendável o incorporador ter uma escritura de compra e venda quitada do imóvel a ser incorporado, o que evita questionamentos sobre a transação efetuada e indagação a respeito do cumprimento de obrigações futuras.<sup>229</sup>

Assim como na situação concreta analisada no REsp n. 1.216.853 – PR, a compra e venda com dação em pagamento é utilizada como forma de possibilitar que o imóvel seja dado em garantia sem ônus à instituição financeira. Dessa forma parece correto concluir que, na permuta por compra e venda com dação em pagamento, o risco da hipoteca incidente sobre o terreno é compartilhado por incorporador e terrenista.

---

<sup>227</sup> BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. Recurso Especial nº 1.216.853 – PR. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão.

<sup>228</sup> ZORZI, p. 44.

<sup>229</sup> DANGOT, p. 61

#### 4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo deste trabalho foram apresentadas duas estruturas contratuais utilizadas por incorporadores de imóvel e terrenistas para operacionalizar o negócio jurídico descrito pelo art. 39 da Lei de Incorporação Imobiliária. Pela primeira estrutura, a qual se chamou de permuta em sentido estrito, as partes estabelecem contrato de permuta de terreno por unidades autônomas em incorporação. Pela segunda, as partes firmam contrato de compra e venda do terreno com pagamento em notas promissórias em caráter *pro soluto* e, no mesmo ato da transferência do imóvel, realizam confissão da dívida com promessa de dação em pagamento de unidades autônomas em incorporação.

A despeito da recorrência do modelo de compra e venda com dação em pagamento, há consenso, pela doutrina de que, em ambos os casos, se trata de negócio jurídico de permuta. Isso porque a intenção das partes é inequivocamente, desde o princípio, de trocar bens, mas nunca de realizar compra e venda. Ademais, a dação em pagamento é mecanismo que se presta a substituir obrigação pré-existente inadimplida, de forma que pressupõe a existência de, ao menos, dois acordos de vontade distintos.

A despeito do amplo reconhecimento da natureza de permuta ao negócio jurídico descrito pelo art. 39 da Lei de Incorporação Imobiliária, a permuta em sentido estrito enfrenta dois óbices registrais. Esse embaraço é apontado pela doutrina como uma razão para a adoção recorrente da estrutura de compra e venda com dação em pagamento.

O primeiro óbice decorre de dois pressupostos: (i) o terreno deve ser transmitido ao incorporador por meio de promessa de permuta, que somente resulta em contrato definitivo com a transferência das unidades autônomas concluídas ao terrenista; e (ii) a Lei de Registros Públicos prevê rol taxativo de títulos registráveis, dentre os quais não está a promessa de permuta.

Ambas os pressupostos não parecem corretos. Em relação ao primeiro, a doutrina reconhece a permuta é caracterizada pela troca de bens, os quais não necessitam ser do mesmo gênero. Assim, é plenamente possível que o terreno seja transferido ao incorporador a título de permuta pelo direito real de aquisição de unidades autônomas em incorporação. Em relação ao segundo pressuposto, não razões sistêmicas para defender a taxatividade dos títulos registráveis. Reconhece-se a taxatividade dos direitos reais, uma vez que são oponíveis *erga omnes* e geram dever geral de abstenção. Os títulos, por outro lado, somente alteram a titularidade de um direito real, o que não interfere na liberdade privada de terceiros.

O segundo óbice registral enfrentado pela permuta em sentido estrito é a exigência de que ela seja registrada concomitantemente ao memorial de incorporação. Esse empecilho decorre do entendimento de que possibilitar o registro da permuta de forma desconexa do memorial de incorporação implicaria em violação da Lei de Incorporação Imobiliária. Uma vez mais, a objeção não parece se justificar. Isso, porque, como demonstrado neste trabalho, a Lei de Incorporação Imobiliária visa a proteger ao adquirente regular de unidades autônomas, que, em muito difere do terrenista.

Em relação à responsabilidade civil por danos decorrentes da incorporação imobiliária, demonstrou-se que, por ambas as estruturas adotadas para operacionalizar a permuta, o incorporador é o exclusivo responsável. Ainda que hajam esparsos posicionamentos doutrinários pela corresponsabilidade do terrenista, em face de suposto caráter de fornecedor para os fins do CDC, a jurisprudência e a doutrina majoritárias identificam não haver razões para tanto. Essa conclusão decorre de que a Lei de Incorporação Imobiliária prevê explicitamente a responsabilidade exclusiva do incorporador e, em caso de conflito com o CDC, deve se sobressair, por se tratar de Lei específica.

Analisou-se, ainda, a adequação do terrenista à Súmula 308 do STJ, a qual prevê o afastamento da hipoteca firmada entre o incorporador e instituição financeira e incidente sobre unidade autônoma alienada para adquirente. Demonstrou-se que, em caso de permuta em sentido estrito, o STJ posiciona-se pelo afastamento da hipoteca incidente sobre as unidades permutadas. Em caso de compra e venda por dação em pagamento, no entanto, posiciona-se pela não incidência da Súmula 308.

Acerca da incidência da Súmula 308 sobre unidades permutadas, o posicionamento adotado pelo STJ não parece haver se assentado por completo. Notou-se que, ao tratar de casos distinto, o Tribunal decide pela incidência da Súmula 308 somente com vistas a proteger o direito à moradia do adquirente. Uma vez mais, rememora-se que o perfil do terrenista é bastante distinto ao do adquirente regular e, em regra, não pretende utilizar as unidades permutadas para suprir seu direito à moradia.

Conclui-se que a permuta em sentido estrito é o modelo adequado para se operacionalizar o negócio jurídico descrito pelo art. 39 da Lei de Incorporações. A compra e venda com dação em pagamento, por sua vez, apresenta-se como uma prática decorrente de incongruências em exigências registraes.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEM, Fabio P. *Contrato Preliminar: níveis de eficácia*. São Paulo: Almedina Brasil, 2018. p. 49.

BRASIL. *Lei nº 4.591 de 16 de dezembro de 1964*. Dispõe sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias. Disponível em : < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l4591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l4591.htm)> Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

\_\_\_\_\_. *Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002*. Institui o Código Civil. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2002/110406compilada.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm)> Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

\_\_\_\_\_. Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 89.501*. Relator: Min. Rafael Mayer. Brasília.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Súmula nº 308*, Segunda Seção. Diário de Justiça. 25/04/2005.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Divergência em Recurso Especial nº 187.940 – SP*. Relator: Min. Antônio de Pádua Ribeiro. Brasília, 22 de setembro de 2004. Brasília.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 1.216.853 – PR*. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Quarta Turma. *Recurso Especial nº 1.360.269 – RJ*. Relator: Min. Luiz Felipe Salomão.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial nº 1.151.728 – CE*. Relator: Min. Nancy Andrighi.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso Especial nº 953.510 – PR*. Relator: Min. Ari Pargendler.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso Especial nº 1.006.765 – ES*. Relator: Min. Ricardo Villas Boas Cueva.

\_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Terceira Turma. *Recurso Especial nº 686.198 – RJ*. Relator: Min. Carlos Alberto Menezes Direito.

CARVALHO SANTOS, J. M. *Código Civil Interpretado*, vol. XVI, 1936, Calvino Filho, Editor. Rio de Janeiro. p. 279.

CHALHUB, Melhim Namem. *Incorporação Imobiliária*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

\_\_\_\_\_. *A promessa de compra e venda no contexto da incorporação imobiliária e os efeitos do desfazimento do contrato*. Revista de Direito Civil Contemporâneo. vol. 7. ano 3. p. 147-183. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, jun. 2016.

COELHO, Fabio Ulhoa. *Curso de direito civil: volume 2: obrigações*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 290.

DANGOT, Samantha. *A compra e venda e a permuta na incorporação imobiliária: estudo de caso*. 2017. 196 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito Empresarial, Escola de Direito de São Paulo, Fundação Getúlio Vargas, São Paulo, 2017, p. 17.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. *Da permuta no direito brasileiro*. Revista de Direito Privado, [s. l], v. 62, p. 47-58, 2015. p. 52.

FERREIRA, Mariana Martins Costa. *A incorporação imobiliária sob uma análise crítica: as garantias contratuais como forma de mitigação de riscos*. 2012. Faculdade de Direito, Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2012. p. 12. p. 40.

FREITAS, Marcelo Toledo de. *A instituição de hipoteca no âmbito da incorporação imobiliária e a súmula 308 do superior tribunal de justiça*. 2017. 33 f. Trabalho de Conclusão – Especialização em Direito Imobiliário, Instituto de Direito Público - Idp, Brasília, 2017.

GEARA, Cassio Palma Karam; CARNEIRO, Wagner Buture. As ferramentas contratuais para a formação de negócios imobiliários entre terrenistas e empreendedores. *Revista Ibradim de Direito Imobiliário*, São Paulo, p. 65-91, dez. 2019. Semestral. p. 67.

GOMES, Fernando de Paula. *Do contrato: Interpretação e boa-fé*. Revista de Direito Privado, [s. l], v. 27, p. 96-142, set. 2006.

GRANJA, Heloisa Martins. *Responsabilidade pela entrega e pelos vícios da coisa na incorporação imobiliária*. 2014. 213 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Direito, Universidade de São Paulo - Usp, São Paulo, 2014. p. 77.

LEITE, Carlos Kennedy da Costa. *O ingresso dos contratos atípicos no registro de imóveis*. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, v. 79, p. 33-83, dez. 2015. p. 41 – 43.

LIMA, Frederico Henrique Viegas de. *Sobre o contrato de promessa de permuta imobiliária: um aspecto de direito comparado para aproximação de seu conceito*. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, v. 34, p. 229-247, dez. 1994. p. 229.

MAIA, Roberta Mauro Medina. *A súmula n 308 do STJ e o permutante de terreno: análise do REsp n. 1.432.693/SP*. Revista Brasileira de Direito Civil, São Paulo, v. 165, p. 165-185, dez. 2017.

MEZZARI, Mario Pazutti. *Condomínio e incorporação no registro de imóveis*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2020. p. 119.

OLIVA, Milena Donato de. *Do negócio fiduciário à fidúcia*. 2013. 224 f. Tese (Doutorado) - Curso de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2013.

\_\_\_\_\_. *Transmissão da Propriedade Imobiliária por meio de contratos atípicos*. Revista Forense, Rio de Janeiro, v. 418, p. 455-464, jan. 2014. p. 456.

PEIXOTO, Fabiano Hartmann; EYNG, Carlos Eduardo. *Patrimônio de Afetação – Segurança na aquisição de imóveis incorporados*. Revista de Direito da Cidade, [S.L.], v. 8, n. 1, p. 93-111, 11 fev. 2016. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, p. 95.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Condomínio e incorporações*. 13 ed. Atualizadores Sylvio Capanema de Souza e Melhim Namem Chalhoub. Rio de Janeiro: Forense, 2018, p. 245.

\_\_\_\_\_. *Incorporação Imobiliária*. Revista de Direito Imobiliário, São Paulo, v. 4, n. 1, p. 9-18, dez. 1979. p. 8.

RIZZARDO, Arnaldo. *Condomínio edilício e incorporação imobiliária*. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. p. 370.

\_\_\_\_\_. *Contratos de Crédito Bancário*. 11. Ed (1ª edição em livro eletrônico). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

\_\_\_\_\_. *Contratos*. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010. p.285.

SANTOS, Flauzilio Araújo dos. *Condomínios E Incorporações no Registro de imóveis: teoria e prática*. São Paulo. Mirante e Et Cetera Editora., 2012, p. 226.

SANTOS, Milton Evaristo dos. *As obras extraordinárias no contrato de empreitada: estudos de doutrina e jurisprudência*. Doutrinas Essenciais Obrigações e Contratos, v. 6, p. 257-266, jun. 2011. p. 257.

SÃO PAULO. 1ª Vara de Registros Públicos de São Paulo. Dúvida 000.05.043522-1. Relator: Juiz Venício Antonio de Paula Salles.

\_\_\_\_\_. Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 0006016-31.2014.8.26.0114*. Relator: Juiz Elliot Akel.

\_\_\_\_\_. Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Apelação nº 1099413-38.2015.8.26.0100*. Relator: Des. Manoel de Queiroz Pereira Calças.

\_\_\_\_\_. Conselho Superior da Magistratura do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. *Agravo de petição 198.819*. Relator: Des. José Geraldo Rodrigues.

\_\_\_\_\_. Primeira Vara de Registros Públicos de São Paulo, *Sentença no Processo de Dúvida nº 204/92*. Relator: Juiz Kioitsi Chicuta.

\_\_\_\_\_. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo. 6ª Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento n. 2222606-43.2019.8.26.0000, Relator: Des. Marcus Vinicius Rios Gonçalves.

SCHMITT, Cristiano Heineck. *Solidariedade da empresa proprietária do imóvel face aos danos dos consumidores diante de incorporação frustrada: agravo regimental no recurso especial no 1.006.765/es*. Revista do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, v. 240, p. 736-748, dez. 2015. p. 741.

SERPA LOPES, Miguel Maria . *Curso de Direito Civil, vol. III*, Fontes das Obrigações: Contratos, 4.a ed., Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 1991, p. 339.

SINDUSCON-PR. *Por que o Brasil precisa da construção civil para voltar a crescer*. Disponível em: <<https://sindusconpr.com.br/por-que-o-brasil-precisa-da-construcao-civil-para-voltar--4084-p>> Acesso em: 12 de dezembro de 2020.

SOUZA, Thiago Guntzel de. *Incorporação imobiliária, hipoteca e a Súmula no 308 do Superior Tribunal de Justiça no contexto do novo paradigma dos contratos*. 2014. 122 f. TCC (Graduação) - Curso de Direito, Universidade de Brasília - Unb, Brasília, 2014. p. 100.

TERRA, Marcelo. A concretização da Incorporação Imobiliária. Boletim do IRIB. São Paulo, n. 156, 1990. p. 65.

TUTIKIAN, Cláudio Morel. *Incorporações e individualizações imobiliárias de unidades em condomínio: descrição do roteiro e estudo exploratório das dificuldades do processo nos cartórios de registro de imóveis*. 2004. 130 f. Dissertação (Mestrado) - Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre, 2004. p. 85.



ZAPAROLI, Rodrigo Alves. Aspectos polêmicos do contrato de empreitada: análise fundamentada no direito comparado. *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito de Franca*, v. 10, n. 2, p. 185-212, 12 dez. 2015. Faculdade de Direita de Franca. p. 185.

ZORZI, Juliano. *Permuta de terreno por unidades futuras em incorporações imobiliárias*. 2013. 119 f. Monografia (Especialização) - Curso de Direito, Insper, São Paulo, 2013. P. 11.